Fusion

(Veräußerung des Gesellschaftsvermögens „im Ganzen“ im Sinne der §§ 305 und 306 HGB).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LAND.RAT. BIBL.

vorgelegt von

Paul Korff

aus Remscheid

Referendar am Königl. Landgericht zu Elberfeld.

Approbiert am 3. Februar 1909.

Remscheid

J. F. Ziegler'sche Buchdruckerei

1909.

184

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0105

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Hauptteil: Fusion (Veräußerung des Gesellschaftsvermögens „im Ganzen" im Sinne der §§ 305 und 306 HGB.)

I. Allgemeine Betrachtungen über den Begriff „Verschmelzung".

§ 2. Die Arten der Verschmelzung 3

§ 3. Behandlung des Fusionsvorganges in den einzelnen Gesetzgebungen 4

§ 4. Der Begriff „Fusion" nach deutschem Recht 6

II. Die charakteristischen Merkmale der Fusion.

§ 5. Die Parteien des Fusionsvertrages müssen entweder Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sein 9

§ 6. Es muß eine Uebertragung des Vermögens als Ganzes erfolgen 13

§ 7. Das Vermögen muß übertragen werden gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft . 16

III. Der Fusionsvertrag.

§ 8. a) Vorbemerkung 21

§ 9. b) Das Wesen des Veräußerungsvertrages (allgemeine Betrachtungen) 22

c) Die Erfordernisse des Fusionsvertrages 25

§ 10. aa) Der Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft (Fusionsbeschluß) 25

bb) Die Vereinbarung der Liquidationsausschließung bei der „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" (§ 306) 43

§ 11. cc) Der Kapitalserhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft 43

IV. Die rechtlichen Verhältnisse und Wirkungen

a) bei der „Fusion ohne sofortige Verschmelzung" (§ 305).

§ 12. aa) Rechtswirksamer Abschluß des Fusionsvertrages 60

§ 13. bb) Die Auflösung der übertragenden Gesellschaft . 64

§ 14. cc) Eigentümlichkeiten der Liquidation im Falle des § 305 66

§ 15. dd) Die Liquidatoren 69

Seite

§ 16. ee) Weitere Maßnahmen zur Durchführung der Liquidation (§§ 297—299) 75
§ 17. ff) Die Gläubigerschutzvorschriften des § 301 . . . 81
§ 18. gg) Die Ausantwortung des Vermögens 86
§ 19. hh) Haftung der übernehmenden Gesellschaft für die Schulden der übertragenden Gesellschaft . . . 89
§ 20. ii) Maßnahmen nach Beendigung der Liquidation 92
b) bei der „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" (§ 306).
§ 21. aa) Die Vereinbarung der Liquidationsausschließung 96
§ 22. bb) Rechtswirksamer Abschluß des Fusionsvertrages 102
§ 23. cc) Die Auflösung der übertragenden Gesellschaft 105
§ 24. dd) Die Gesamtnachfolge.
1. Allgemeines 107
§ 25. 2. Uebergang der Aktiva 109
§ 26. 3. Uebergang der Passiva 113
§ 27. α) Die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft (Gläubigerschutzvorschriften des § 306 Abs. 2—6) 115
§ 28. β) Die „übrigen" Gläubiger 124
§ 29. ee) Besonderheiten im Konkursverfahren im Falle des § 306 126
V. § 30. Die Rückbildung einer aufgelösten Gesellschaft gemäß § 307 129
VI. § 31. Anfechtung der Generalversammlungs-Beschlüsse (§§ 271 ff. und § 308) 133
§ 32. Schlußbetrachtung 141

Literaturverzeichnis.

Alexander-Dyhrenfurth, Die Aktiengesellschaften unter dem neuen Aktiengesetz, von Dr. Hugo Alexander-Katz und Richard Dyhrenfurth 1899.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, von Konrad Cosack. 6. Aufl. 1903.

D, Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage (J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung 1897).

Deutsche Juristenzeitung, Begründet von Laband, Stenglein, Staub; herausgegeben von Laband, Hamm, Heinitz. Verlag Otto Liebmann. Berlin.

Dorst, Der Kaufmann, die Gesellschaften des Handelsgesetzbuches und die Gesellschaften m. b. H. Systematische Darstellung mit Formularen zum praktischen Gebrauch für Juristen und Kaufleute, von Franz Dorst, Notar. Köln, Verlag Neubner 1906.

Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, herausgegeben von Dr. W. Endemann und anderen. Leipzig 1881 ff.

Esser, Die Aktiengesellschaften nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Dargestellt und erläutert von Robert Esser und Dr. Ferdinand Esser. Berlin 1899.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, von Dr. Karl Gareis. 7. Auflage. Berlin 1903.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich auf der Grundlage des Kommentars von L. Gaupp, erläutert von Friedrich Stein. Tübingen 1906.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, von Otto Gierke, Berlin 1887.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch II. Band II. Buch (Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft), von Samuel Goldmann. Berlin 1905.

Hergenhahn, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, von Th. Hergenhahn. Berlin 1891.

Jaeger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts, erläutert von Dr. Ernst Jaeger, Berlin 1902.

JMBl, Justizministerialblatt für preußische Gesetzgebung und Rechtspflege.

JW, Juristische Wochenschrift von Dr. Hugo Neumann. Organ des deutschen Anwaltvereins. Berlin.

KGJ, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.

Küfner, Fusion einer Aktiengesellschaft, von Hans Küfner (Diss. Erlangen 1896).

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften, von Karl Lehmann. Berlin 1904.

Lehmann Lehrbuch, Lehrbuch des Handelsrechts, von Dr. Karl Lehmann. Leipzig 1908.

Litthauer-Mosse, Handelsgesetzbuch mit den ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und Erläuterungen von F. Litthauer, herausgegeben von Dr. A. Mosse. Berlin 1905 (Guttentag'sche Sammlung).

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, herausgegeben von H. Makower. Neu bearbeitet von F. Makower. 12. Auflage. Berlin 1901.

Pinner, Das deutsche Aktienrecht. Kommentar zu Buch II Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897, von Albert Pinner. Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzburch nebst Einführungsgesetz von Planck und Anderen. Berlin 1907.

Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und Gesellschaften m. b. H. usw., von Dr. Hermann Rehm. München 1903.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, von A. Renaud 1875.

RG, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGSt, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Ring RG, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, erläutert von V. Ring. 2. Aufl. 1893.

Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Erläutert von K. Lehmann und V. Ring. Berlin 1902 (Kommentar zu den Nebengesetzen, herausgegeben von Bolfert und Anderen).

Rudorff, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, erläutert von O. Rudorff. Stuttgart 1898.

Seuff A, J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München-Berlin.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, von Hermann Staub, 8. Auflage Berlin. Bearbeitet von Heinrich Könige, Dr. Josef Stranz und Albert Pinner. (Desgleichen Kommentar zum bisher. HGB.)

Wiener, Umwandlung und Fusion von Gesellschaften, von Reichsgerichtsrat Dr. Wiener in der Zeitschrift für Handelsrecht, 27. Band. (Neue Folge 12. Band.) Stuttgart 1882.

Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, erläutert von Dr. G. v. Wilmowski, fortgesetzt von Dr. K. Kurlbaum und Anderen. Berlin 1906.

ZHR, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Dr. L. Goldschmidt.

RGHG, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken." (Berlin 1905. Guttentag'sche Verlagsbuchhandlung.)

Die Zahlen ohne weiteren Zusatz bedeuten die Paragraphen des Handelsgesetzbuches.

§ 1.

Einleitung.

Das Streben nach Zusammenfassung, wie es uns im modernen wirtschaftlichen Leben häufig begegnet, entspringt den mannigfaltigsten wirtschaftlichen Erwägungen und Verhältnissen.

So werden häufig mehrere — es können einzelne Personen oder auch Gesellschaften sein —, zu einem Unternehmen sich vereinigen, weil das Kapital eines einzelnen allein zu klein sein würde, große Unternehmungen ins Werk zu setzen. Die Vereinigung dieser einzelnen Vermögen aber zu einem wirtschaftlichen Ganzen macht die Gesamtheit stark: mehr Kapital, mehr Macht!

Andere wieder schließen sich zusammen, um so in ihrem, durch gleiche Interessen geschlossenen Ring die Regulierung von Angebot und Nachfrage in der Hand zu haben und damit die Stabilität der Preise für ihre Erzeugnisse zu sichern. Man denke an den Stahlwerksverband, an das Kohlensyndikat usw.

Viele andere gleichgearteten Geschäftsbetriebe verschmelzen sich, weil sie in einer Vereinigung das wirksame Mittel erblicken, das lästig werdende Konkurrenzunternehmen unschädlich zu machen.

Und solcher Gründe, welche zur Verschmelzung führen, gibts noch viele.

Wurde dieses Streben nach Zusammenfassung eine häufige Erscheinung grade des modernen wirtschaftlichen Lebens genannt, so muß hier, um keinen Irrtum aufkommen zu lassen, betont werden, daß nicht erst die moderne Zeit diesen einigenden Gedanken geboren hat. Im Handel hat sich der menschliche Assoziationstrieb, um mit Gareis [1]) zu reden, schon im Altertum und Mittelalter betätigt. Er hat große Wirkungen im Handel im Gefolge gehabt; durch ihn haben sich erst die verschiedenen wirtschaftlichen Vereinigungen gebildet, welche, glänzend ausgebaut, heute im Handelsverkehr eine so hervorragende Rolle spielen.

[1]) Gareis 110.

Fusion.

Veräußerung des Gesellschaftsvermögens „im Ganzen" im Sinne der §§ 305 und 306 HGB.

I. Allgemeine Betrachtungen über den Begriff „Verschmelzung".

§ 2.

Die Arten der Verschmelzung.

Die Zusammenfassung der Kräfte, von Kapital und Arbeit, kann in verschiedener Weise erreicht werden,

a) durch Vereinigung mehrerer Personen, oder

b) durch Verschmelzung von Gesellschaften.

Nur dieser letzte Fall steht hier zur Erörterung an.

Ganz allgemein versteht man unter „Verschmelzung" die Vereinigung mehrerer Handelsgesellschaften zu einer einzigen Gesellschaft.

Und diese Vereinigung ist in den mannigfachsten Variationen denkbar.

Rein äußerlich betrachtet, kann es sich

a) um die Verschmelzung gleichartiger Gesellschaften, z. B. von Aktiengesellschaften untereinander,

b) um die Verschmelzung ungleichartiger Gesellschaften, z. B. einer Aktiengesellschaft mit einer Kommanditgesellschaft auf Aktien usw.

handeln.

Die Verschmelzung kann sich weiterhin verschiedenartig gestalten dadurch, daß

a) beide Gesellschaften ihre Selbständigkeit bewahren, d. h. nur nach außen hin gemeinsame Verwaltung,

Geschäftsbetrieb usw. haben, nach innen aber völlig unberührt nebeneinander bestehen. Dies ist die sog. Interessengemeinschaft, wie sie bei den Trusts, beim Stahlwerksverband, beim Kohlensyndikat usw. zu finden ist;

b) beide Gesellschaften ihre Selbständigkeit aufgeben, d. h. beide sich auflösen und zu einer ganz neuen Gesellschaft sich zusammenschließen, oder endlich

c) nur eine Gesellschaft ihre Selbständigkeit aufgibt, d. h. nur eine völlig untergeht, während die andere Gesellschaft unverändert fortbesteht.

Dieser letzte Fall läßt wieder zwei Möglichkeiten zu:

α) die aufzunehmende übernimmt das Vermögen der sich auflösenden Gesellschaft, nicht aber deren Mitglieder, welche mit Geld oder sonstwie abgefunden werden, oder

β) die aufnehmende übernimmt neben dem Vermögen der sich auflösenden Gesellschaft auch deren Mitglieder, welche vollberechtigte Mitglieder der Uebernehmerin werden.

Das ist der typischste und in der Praxis am häufigsten vorkommende Fall. Für ihn hat man das Wort „Fusion" geprägt, wobei man allerdings noch speziell an eine Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften in dem unter β) geschilderten Sinne denkt.

Das Wesen, den Hergang und die rechtlichen Folgen der Fusion zu prüfen, wird die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

§ 3.

Behandlung des Fusionsvorganges in den einzelnen Gesetzgebungen.

Rechtlich betrachtet bedürfte es für den Vorgang, daß eine Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen veräußert mit der Bedingung, daß ihre Mitglieder solche der übernehmenden Gesellschaft werden, keiner besonderen Vorschriften. Die übertragende Gesellschaft geht unter, d. h. sie löst sich auf.

Die Gesamtveräußerung würde zwar einen besonderen Fall der Auflösung bilden, doch an sich keine rechtlichen Eigentümlichkeiten mit sich bringen. Die allgemeinen Bestimmungen über die Liquidation würden anwendbar und ausreichend sein.

Auch für die aufnehmende Gesellschaft würde der Fusionsvorgang an und für sich keine rechtlichen Neuerungen zutage treten lassen. Ihre Hauptverpflichtung besteht darin, die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft zu ihren eigenen Mitgliedern zu machen; das bedeutet für den Fall, daß die Uebernehmerin eine Aktiengesellschaft ist, daß sie die Mitglieder der Uebertragerin durch Aushändigung ihrer eigenen Aktien zu vollberechtigten Aktionären ihrer Gesellschaft machen muß.

Um einer solchen Verpflichtung nachkommen zu können, muß die übernehmende Gesellschaft, falls ihr nicht die genügende Zahl von Aktien zur freien Verfügung steht, neue Aktienwerte schaffen. Dies kann aber nach den allgemeinen Regeln über die Erhöhung des Grundkapitals erreicht werden. Anstelle von Bareinlagen würden Sacheinlagen treten, nämlich das ganze Vermögen der übertragenden Gesellschaft.

Obwohl „der Begriff der Fusion in der Praxis aller kommerziell entwickelten Ländern bekannt ist“ [1]), haben mehrere Gesetzgebungen in dem Vorgang der Fusion eben nur eine Zusammensetzung aus zwei, dem Aktienrecht eigentümlichen Grundformen gesehen, nämlich eine Zusammensetzung aus „Auflösung“ und „Grundkapitalserhöhung“. Sie haben die Folgerung gezogen, die sich auch aus unsern obigen Ausführungen ergibt; sie haben die allgemeinen Vorschriften auch für Regelung des Fusionsvorganges für ausreichend erachtet und keine Sonderbestimmungen für die Fusion getroffen, so Frankreich, Schweden, die Niederlande und Belgien. [2])

---

[1]) so Wiener 365; vgl. Lehmann 526.

[2]) Belgien spricht im Art. 115 nur von apport de l'avoir social dans autres sociétés, sieht aber von einer Regelung ab. Näheres Lehmann 526.

Im Gegensatz hierzu haben andere Gesetzgebungen dem Fusionsvorgang eine so große Bedeutung zugemessen, daß sie in eine, bis ins einzelne gehende Sonderregelung des Fusionsvorganges eingetreten sind, so Italien, Portugal, Rumänien, Japan und Mexiko.[3])

Die Gesetzgebungen einer Reihe von Staaten schließlich haben eine Mittelstellung eingenommen. Sie lassen den Fusionsvorgang nicht unerwähnt, vermeiden jedoch andrerseits auch eine eingehende Regelung. Sie geben nur einzelne Bestimmungen, welche die Vereinfachung des ganzen Fusionsvorganges bezwecken sollen, greifen aber im übrigen auf allgemeine Bestimmungen zurück, so auf die über die Liquidation, Grundkapitalserhöhung usw. Eine solche Mittelstellung nimmt das deutsche Handelsgesetzbuch und die von ihm beeinflußte Gesetzgebung ein, ferner Spanien, Nordamerika und England.[4])

§ 4.

Der Begriff „Fusion" nach deutschem Recht.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch berücksichtigt im Art. 215 (in Verbindung mit Art. 247) nur einen Fall: Uebertragung des Vermögens und der Schulden einer Aktiengesellschaft an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren.

Das heutige Handelsgesetzbuch regelt die Frage umfassender. Es gibt im § 303 ganz allgemeine Vorschriften über „Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen", also ohne jede Unterscheidung der Art der Gegenleistung oder der Person des Uebernehmers. Dann erst geht es auf Spezialfälle ein, regelt

[3]) vgl. Lehmann a. a. O., dort auch Literatur.

[4]) Ungarn, Schweiz, Bosnien, Serbien; im übrigen s. Lehmann 526 ff. und die dort angegebene Literatur. Spanien behandelt nur die Fusion von Eisenbahn- und Baugesellschaften; die nordamerikanischen Statutarrechte nur die Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften zu einer ganz neuen Gesellschaft; die engl. Comp. Act trifft nur vereinzelt Bestimmungen.

im § 304 die sog. Verstaatlichung und behandelt in den §§ 305 und 306 die Fusion.

Das Gesetz vermeidet den Ausdruck „Fusion". Es sagt im § 305: „Wird das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen, so bleiben . . . . . außer Anwendung". Und im § 306: „Ist im Falle des § 305 vereinbart, daß eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll, so finden . . . . . Anwendung."

Das geltende Recht kennt also zwei Fusionsarten: eine Fusion nach § 305 unter Beibehaltung der Liquidation, d. h. das Vermögen der übertragenden Gesellschaft darf erst nach Beendigung des Liquidationsverfahrens der Uebernehmerin ausgehändigt werden; und eine Fusion nach § 306 unter Wegfall der Liquidation, d. h. das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht sofort auf die Uebernehmerin über, ohne daß es erst eines Liquidationsverfahrens bedarf.

Die Fusion nach § 305 bezeichnet man daher als „Fusion ohne sofortige Verschmelzung", auch „uneigentliche Fusion".[1] Vom § 303 unterscheidet sich § 305 wesentlich nur darin, daß er die Person des Uebernehmers und den zu leistenden Gegenwert fest bestimmt. Im übrigen lehnt er sich ganz an § 303 an, dessen Vorschriften auch ausnahmslos zur Anwendung kommen. Zusätzlich gibt dann § 305 noch einige Sonderbestimmungen für den Fall, daß die Uebernehmerin anläßlich der Fusion eine Grundkapitalserhöhung vornimmt.[2]

Demgegenüber bezeichnet man die Fusion nach § 306, also unter Wegfall der Liquidation: „Fusion mit sofortiger Verschmelzung Fusion im engeren Sinne".[3]

[1]) so Pinner § 305 I, Staub § 305 Einleitung.

[2]) Die Sondervorschriften im § 305, Abs. 1 und 2, enthalten nur Vorschriften für die übernehmende Gesellschaft.

[3]) so Pinner § 306, Staub § 306.

Im Verhältnis zu § 305 bildet § 306 den, in der Praxis allerdings häufiger vorkommenden, Unterfall von § 305. Es sind also auch bei der Fusion im Sinne des § 306 die Vorschriften des § 305 und damit auch, wie sich aus unseren obigen Ausführungen ergibt, die des § 303 anzuwenden, soweit nicht durch den Ausschluß der Liquidation sich ein anderes ergibt. Soweit dies der Fall ist, finden die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung, ergänzt durch die Sondervorschriften des § 306 Abs. 2 bis 6.

Die Fusionsvorschriften können nur zur Anwendung gelangen, wenn beide Gesellschaften ihren Sitz innerhalb des Geltungsbereiches des deutschen Rechts haben. Dies ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 305 und 306. Das deutsche Gesetz kann nicht einem außerdeutschen Aktienverein Vorschriften machen über die Art der Erhöhung des Grundkapitals, über die Art der Verwaltung und über die Verantwortlichkeit der Organe; es kann ihm nicht vorschreiben, in welcher Form der Veräußerungsvertrag abgeschlossen werden muß. Die ausländische Gesellschaft braucht solche Vorschriften garnicht zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat die Vorschriften der §§ 305 und 306 lediglich für die dem deutschen Gesetz unterworfenen Gesellschaften gegeben.[4])

Die Fusionsvorschriften finden aber auch Anwendung für den Fall, daß sich Gesellschaften im Wege der Fusion vereinigen, welche schon vor Einführung des heute geltenden Rechts bestanden. Die Denkschrift 327 stellt als allgemeinen Grundsatz auf, daß die am 1. Januar 1900 bestehenden Aktiengesellschaften nach dem neuen Recht beurteilt werden.[5])

Wenn also eine solche Gesellschaft heute einen Beschluß faßt, ihr gesamtes Vermögen zu übertragen, so bedarf er der qualifizierten Mehrheit des § 303 Abs. 1 Satz 2; auch für eine solche Gesellschaft hat dieser Beschluß die Auflösung zur Folge.

[4]) Ring § 305 Nr. 2; Staub § 305 Anm. 1; vgl. auch KGZ. 21 A. 294.

[5]) Ring § 305 Nr. 11; Staub § 178 Anm. 1; Lehmann in ZHR. 48, 114.

II. Die charakteristischen Merkmale der Fusion.

§ 5.

Die Parteien des Fusionsvertrages müssen entweder Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien sein.

Die §§ 305 und 306 zeichnen scharf die Grenzen, innerhalb deren allein eine Fusion denkbar und möglich ist.

Nur die Verschmelzung, die den Voraussetzungen des § 305 bezw. denen des § 306 genügt, gilt als Fusion; nur dann sind ihre Vorschriften anwendbar. Eine analoge Anwendung, selbst auf ähnliche Fälle, ist unstatthaft.

§ 305 Abs. 1 spricht von einer Aktiengesellschaft als übertragende, von einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien als übernehmende Partei. Bezüglich der aufnehmenden Gesellschaft ist also die Kommanditgesellschaft auf Aktien der Aktiengesellschaft gleichgestellt.

Das jetzige Recht geht demnach weiter als das bisher geltende Recht, das unter Fusion nur die Verschmelzung einer Aktiengesellschaft mit einer anderen Aktiengesellschaft verstand. (Art. 215.)

Ist die Uebernehmerin des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft eine Gesellschaft anderer Form — etwa eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft oder eine Gesellschaft m. b. H. — oder der Staat bezw. ein Kommunalverband, so kann von Fusion keine Rede sein; die für sie gegebenen Sonderbestimmungen greifen nicht Platz. In allen diesen Fällen kann, abgesehen von der im § 304 besonders geregelten sog. Verstaatlichung, auch eine Gesamtübertragung des Vermögens nur nach allgemeinen Grundsätzen erfolgen. [1])

Hinsichtlich der übertragenden Partei ist im § 305 nur des Falles gedacht, daß eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen veräußert. Aus der Bestimmung des § 320 Abs. 3 geht jedoch

---

[1]) Lehmann Lehrbuch § 93 Nr. 2 und hierzu Anm. 2.

hervor, daß § 305 und auch § 306 anwendbar sind, wenn eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die übertragende Partei ist.[1])

§ 320 Abs. 3 sagt ausdrücklich: „Im übrigen gelten für die Kommanditgesellschaften auf Aktien, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes ein Anderes ergibt, die Vorschriften des dritten Abschnittes über die Aktiengesellschaft." Zu diesem Abschnitt gehören auch die §§ 305 und 306, die auch durch keine „nachfolgende Vorschrift" außer Anwendung gesetzt werden.

Ist die übertragende Gesellschaft weder eine Aktiengesellschaft noch eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, so kann wiederum von Fusion keine Rede sein; es gilt das zu einem „anderen" Uebernehmer auf Seite 9 ausgeführte.

Es sind vier Möglichkeiten denkbar. Es kann sein: die

übertragende Gesellschaft	aufnehmende Gesellschaft
1) Aktiengesellschaft,	Aktiengesellschaft,
2) Kommanditgesellsch. auf Akt.,	Aktiengesellschaft,
3) Aktiengesellschaft,	Kommanditgesellschaft auf Aktien,
4) Kommanditgesellsch. auf Akt.	Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Nur wenn einer dieser vier Fälle gegeben ist, kann von einer Fusion die Rede sein.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist also im vorliegenden Falle in jeder Beziehung der Aktiengesellschaft gleichwertig. Im folgenden wird der Kürze halber schlechthin von „Gesellschaft" die Rede sein, es wird darunter stets sowohl die Aktiengesellschaft als auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien verstanden.

Wenn im folgenden von den Pflichten des Vorstandes die Rede ist, so ist für den Fall, daß eine der Parteien eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, sinngemäß einzusetzen „persönlich haftender Gesellschafter", denn gemäß § 325 finden die den Vorstand der Aktiengesellschaft betreffenden Vor-

[1]) Dies ist allgemeine Ansicht; vgl. zu § 305 Esser Nr. 1; Makower I c; Goldmann Anm. 1; Pinner II 1a; Ring Nr. 2; Staub Anm. 5; auch D 179.

schriften auf die persönlich haftenden Gesellschafter entsprechende Anwendung.

Ist später von einem Generalversammlungsbeschluß die Rede, so ist für den in Frage stehenden Fall zu beachten, daß laut § 327 Abs. 1 die persönlich haftenden Gesellschafter in der Generalversammlung kein Stimmrecht haben, auch wenn sie Aktien besitzen. — Die geborenen Liquidatoren sind hier wieder sämtliche persönlich haftende Gesellschafter. (§ 331.)

Aus den Vorschriften der §§ 305 und 306 ergibt sich, daß von einer Fusion auch keine Rede sein kann, wenn die ihr Vermögen übertragende Partei im Grunde nur eine Umwandlung vornimmt, also nur eine Gesellschaft anderer Form bildet und dieser ihr ganzes Vermögen überträgt.

Die §§ 305 und 306 setzen zwei Parteien, eine Vereinigung zweier Vermögen voraus. Bei bloßer Aenderung der Gesellschaftsform und Uebertragung des Vermögens an diese in neuer Gewandung sich zeigende Gesellschaft handelt es sich aber immer nur um eine Partei, um ein Vermögen.

Eine solche Uebertragung kann nur nach allgemeinen Bestimmungen erfolgen, der Erleichterungen, welche die §§ 305 und 306 mit sich bringen, wird sie nicht teilhaftig.[3])

Eine weitere Voraussetzung ist, daß die übernehmende Gesellschaft bereits bestehen muß. Ganz ohne Belang ist, ob sie erst zum Zwecke der Fusion begründet worden ist. Wenn aber das Gesamtvermögen einer der im § 305 in Frage stehenden Gesellschaften schon zur Gründung mit verwandt werden soll, so sind auf diese Uebertragung die Vorschriften des § 305 sicher unanwendbar.[4])

Denn in diesem Falle darf ja erst das Vermögen nach Beendigung der Liquidation ausgehändigt werden; es wäre also vor der Hand gar kein Vermögen zur Gründung flüssig.

Anders im Falle des § 306; hier wird zum mindesten der Uebernehmerin das Vermögen der übertragenden Gesellschaft sofort ausgehändigt. Aus diesem Grunde erklärt die herrschende Meinung, daß selbst für den Fall, daß die Ueber-

[3]) so Pinner § 305 1 b; Rehm 394; Wiener 382.

[4]) Goldmann § 305 Anm. 1; Makower § 305 Ie; Ring § 305 Nr. 2

nehmerin erst in der Gründung begriffen, eine entsprechende Anwendung des § 306 sich rechtfertigen lasse, unbeschadet der Beobachtung der allgemeinen Gründungsvorschriften, welche nicht ausgeschaltet werden können.[5])

Die §§ 305 und 306 erwähnen nur den Fall, daß die eine Gesellschaft die andere vollständig in sich aufnimmt, auf-saugt. Die Bezeichnung eines solchen Vorganges mit Fusion-Verschmelzung ist nicht ganz korrekt. Ein solcher Begriff setzt eigentlich die Vereinigung zweier gleichwertigen Größen zu einer neuen, dritten Größe, mit anderen Worten setzt den Untergang der beiden sich verschmelzenden Gesellschaft zur Bildung einer ganz neuen Gesellschaft voraus. Bei der Fusion im gesetzlichen Sinne handelt es sich dagegen um die Auf-saugung einer gänzlich untergehenden Gesellschaft durch eine völlig intakt bleibende Gesellschaft.

Da nun die §§ 305 und 306 die Verschmelzung zweier Gesellschaften zu einer neuen dritten nicht erwähnen, so kann in einem solchen Falle auch nicht von einer Fusion im Sinne des Gesetzes die Rede sein.

Es fehlt eben jenes, für den Begriff „Fusion" not-wendige Moment, daß die übertragende Gesellschaft ihr ganzes Vermögen nur einer schon bestehenden Gesellschaft ausantworten darf; bei dem hier in Frage stehenden Vor-gang würde das Vermögen aber einer erst „im Entstehen" begriffenen Gesellschaft ausgeantwortet. Die Vorschriften der §§ 305 und 306 können unter diesen Umständen nicht zur Anwendung gelangen.[6])

Wie wir aber oben gesehen haben, hält die herrschende Meinung eine entsprechende Anwendung des § 306 selbst dann für statthaft, wenn die Uebernehmerin erst in Gründung begriffen ist; allerdings könnten die Gründungsvorschriften nicht ganz unbeachtet bleiben. Im Anschluß an diesen Ge-danken führt Ring a. a. O. aus: „Auf diese Weise (d. h. unter Beobachtung der Gründungsvorschriften) lassen sich auch mehrere Aktiengesellschaften dergestalt verschmelzen,

[5]) Makower a. a. O., Ring § 306 Nr. 1; Staub § 304 Nr. 3.

[6]) vgl. Lehmann 534 und Lehmann Lehrbuch § 93 N. 2 und dazu Anm. 2; s. auch die dort angegebene Literatur; Rehm 394.

daß ihre Vermögen im ganzen in eine neue Aktiengesellschaft eingebracht werden. Eine Verschmelzung mehrerer Aktiengesellschaften durch Vertrag zwischen ihnen zu einer neuen, ohne Beobachtung der Gründungsvorschriften, hat dagegen keinen gesetzlichen Boden."

Damit wäre ein Ausweg gefunden, wenigstens die Vorschriften über „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" auch auf den Fall anzuwenden, daß zwei Gesellschaften sich im Wege der Fusion vereinigen unter Gründung einer ganz neuen Gesellschaft.

Der vorgeschlagene Weg ist gangbar, wenn auch immerhin durch das Verlangen nach Beobachtung der Gründungsvorschriften ein nicht zu gering anzuschlagendes Hindernis aufgestellt wird.[7])

Wenn der Gesetzestext es auch nicht ausdrücklich erwähnt, so wird es doch für zulässig erachtet, daß die übertragende Partei aus mehreren Gesellschaften besteht. Es liegen in einem solchen Falle mehrere Fusionen vor, die Uebernehmerin schließt mit jeder einzelnen veräußernden Gesellschaft einen besonderen Fusionsvertrag ab. Für jede einzelne Uebernahme sind dann die Vorschriften des § 305 bezw. 306 in Anwendung zu bringen.[8])

Eine Umkehrung ist, wie sich ganz von selbst ergibt, ausgeschlossen; daß die Uebernehmerin aus mehreren Parteien besteht, ist ausgeschlossen.

§ 6.

Es muß eine Uebertragung des Vermögens als Ganzes erfolgen.

Die Gesamtverwertung eines Gesellschaftsvermögens ist im geltenden Recht nicht mehr ein Kriterium ausschließlich des

[7]) Schon nach bisherigem Recht war die Frage streitig. Jedoch erkannte die herrschende Meinung in Theorie und Praxis die Anwendbarkeit der Vorschriften der Artt. 215 und 247 für den Fall einer Verschmelzung zweier Gesellschaften mit Gründung einer neuen Gesellschaft an; sie hielt die Wortfassung der zit. Artt. für zu eng. s. Wiener 370 Leider hat das geltende Recht die Zweifel nicht behoben.

[8]) vgl. Rehm § 118 Anm. 5; zu § 305 Ring Nr. 2, Goldmann Anm. 1; Pinner II 1 b.

Fusionsbegriffes.[1]) Eine „Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen", wie das Gesetz pleonastisch sagt, ist gemäß § 303 denkbar und zulässig, ohne daß überhaupt der Fusionsvorgang in Frage kommt.

Andererseits ist jedoch auch nach geltendem Recht eine Fusion undenkbar ohne Verwertung des Gesellschaftsvermögens der übertragenden Partei „als Ganzes". Bei Abschluß des Fusionsvertrages muß die Absicht der Parteien dahin gehen, ein Gesellschaftsvermögen im Ganzen zu übertragen bezw. zu übernehmen.

Hieraus folgt, daß grundsätzlich die veräußernde Gesellschaft ohne Ausnahme alles das übertragen muß, was sie im Augenblick des Vertragsabschlusses besaß, Aktiva und Passiva, Rechte aus Forderungen oder aus Verträgen, bewegliche und unbewegliche Sachen; es kommt noch hinzu alles das, was die Uebertragerin bis zur Aushändigung des Vermögens, das ist z. B. bei der Fusion ohne sofortige Verschmelzung bis zum Ablauf der Liquidationszeit, noch in der Zwischenzeit etwa hinzu erworben hat.

Wem sollten z. B. im Falle des § 306 die ausgenommenen Vermögensstücke zufallen; wer soll sie der in Frage kommenden Person aushändigen? Die veräußernde Gesellschaft wird durch den Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung aufgelöst, ein Nachleben im Liquidationszustand gibts hier also nicht. Es verbleibt der Uebertragerin gar keine Zeit bezüglich der etwa ausgenommenen Vermögensstücke noch Uebertragungsverhandlungen vorzunehmen. Bei der Fusion mit sofortiger Verschmelzung ist nur eine ausnahmslose Uebertragung des Gesellschaftsvermögens denkbar und zulässig.[2])

[1]) Anders im A. D. HGB., das eine Ganzveräußerung des Vermögens nur bei der Fusion kannte.

[2]) so Makower § 303 I c.

Ganz anders ist dagegen die Frage zu beantworten, ob § 305 entsprechend auch auf solche Fälle anwendbar ist, in welchen bei der Ganzveräußerung einzelne Gegenstände, Forderungen oder Schulden ausgenommen worden sind. Hier ist eine entsprechende Anwendung zulässig, da die übertragende Gesellschaft im Liquidationszustande weiter lebt und eine Regelung hinsichtlich der vorbehaltenen Gegenstände vornehmen kann.[3])

Es drängt sich uns aber nun weiter die Frage auf, wonach zu bemessen ist, ob ein Vermögensstück im Falle des § 305 ausgelassen werden darf oder nicht. Sicher darf alles das nicht ausgenommen werden, was das Wesen der übertragenden Gesellschaft ausmacht, ihren Wert, ihre Bilanz wesentlich beeinflußte und auch für die Zukunft geeignet ist, den Geschäftsbetrieb der Uebernehmerin zu fördern und auf ihre finanzielle Entwicklung einen günstigen Einfluß auszuüben. Man denke sich, die übertragende Gesellschaft besäße viele Grundstücke, welche einen beträchtlichen Teil ihres Vermögens darstellen. Wird das Vermögen dieser Gesellschaft ohne diese Grundstücke veräußert, so kann natürlich von einer Uebertragung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen nicht die Rede sein.

Die Fusion im Sinne des Gesetzes setzt die vollständige Auffaugung der übertragenden durch die übernehmende Gesellschaft voraus.

Es handelt sich demnach auch nicht um Fusion, wenn zwei Gesellschaften aus gleichen wirtschaftlichen Interessen heraus nur äußerlich ihre Betriebe, ihre Verwaltung vereinigen, nach innen aber getrennt nebeneinander weiterbestehen, d. h. ohne daß auch nur eine Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit aufgibt. Diese sog. Interessengemeinschaft (Gesamtbetrieb gegen Gewinnanteil[4]) kann auch nicht etwa als ein besonders gearteter Fall der Fusion angesehen werden, ebensowenig wie

---

[3]) Zu § 305 Ring Nr. 3, Makower I d; auch Staub § 303 Nr. 3, der aber nicht die Unterscheidung zwischen § 305 und § 306 für diesen Fall aufstellt, die u. E. unbedingt erforderlich ist.

[4]) s. oben Seite 3 und 4.

auch jener Fall, daß eine Gesellschaft ihren ganzen Betrieb einer anderen Gesellschaft gegen Pacht überträgt.

Es fehlt hier überall das Moment: Untergang der Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft.

Unter Uebertragung eines Gesellschaftsvermögens im Ganzen ist die Uebertragung der gesamten Aktiva und Passiva verstanden. Eine Uebertragung nur der Aktiva ist schon nach § 419 Abs. 3 BGB unzulässig.

§ 7.

Das Vermögen muß übertragen werden gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft.

Nach den Bestimmungen des § 303 ist allgemein eine Gesamtveräußerung des Gesellschaftsvermögens zulässig, ganz unabhängig von der Art der zu gewährenden Gegenleistung. Als eine Gegenleistung besonderer Art führt dann das geltende Recht in den §§ 305, 306 die Aktien der Uebernehmerin ausdrücklich an, mit anderen Worten, falls die Gesamtveräußerung eine Fusion im gesetzlichen Sinne darstellen soll, „muß", nicht „kann", die Gegenleistung in Aktien der übernehmenden Gesellschaft bestehen.

Es ist also ein wesentlicher Punkt des Fusionsvertrages, daß er ausdrücklich die Gewährung von Aktien der Uebernehmerin als vereinbart erwähnt.

Aus unseren obigen Ausführungen geht hervor, daß eine Fusion im gesetzlichen Sinne sicher nicht vorliegt, wenn die Gegenleistung etwa in Aktien einer anderen als der aufnehmenden Gesellschaft, in Geld oder in sonstigen Vermögensstücken besteht.[1]) Sie liegt selbst dann nicht vor, wenn die Uebernehmerin ihre eigenen Obligationen gewähren würde. Solche Fälle stellen sich als Kauf, Tausch oder als ein anderes Rechtsgeschäft dar, auf welches die für die Fusion in Frage kommenden Vorschriften keine Anwendung finden dürfen.

Von Fusion im Sinne des Gesetzes kann weiterhin aber auch keine Rede sein, wenn zwar zum Teil Aktien der Ueber-

[1]) Lehmann, Lehrbuch § 93 Nr. 2 Anm. 2.

nehmerin gewährt werden, im übrigen aber die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft mit Geld oder Obligationen – wenn auch der Uebernehmerin — abgefunden werden.[2])

Streitig ist dagegen die Frage, ob die Vorschriften über Fusion anwendbar sind, falls den Aktionären der untergehenden Gesellschaft ein Wahlrecht gegeben ist zwischen Abfindung in Aktien oder anderen Vermögensgegenständen. Dieser Streit der Meinungen war schon beim früheren Recht entbrannt.[3]) Auch das geltende Gesetz hat eine zweifelsfreie Antwort darauf nicht gegeben.

Ehe wir jedoch auf die einzelnen Meinungen eingehen, wollen wir die Frage enger fassen. Von vornherein ist der Fall auszuscheiden, daß die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft ihr Wahlrecht schon dahin „ausgeübt" haben, daß der eine Teil Aktien, der andere Teil irgend ein anderes Aequivalent wählte. Hier ist die Anwendung der Fusionsvorschriften ausgeschlossen, weil ein Teil der Mitglieder der übertragenden Gesellschaft keine Aktien der Uebernehmerin erhalten haben und demnach auch nicht ihre Mitglieder geworden sind. Wir hoben auf Seite 16 hervor, daß unbedingt jedes Mitglied der Uebertragerin nur mit Aktien abgefunden werden darf, falls eine Fusion im Sinne der §§ 305, 306 beabsichtigt ist.[4])

[2]) Herrschende Meinung; vgl. zu § 305 Goldmann Ziffer 2; Ring Nr. 4; Staub Anm. 3; Lehmann 534 Anm. 3.

[3]) s. Wiener 383, Küfner § 4 und die dort erwähnte Literatur; vgl. auch RG 9, 19 ff.

[4]) Irrig Lehmann 534 Anm. 3: „Wählt dagegen ein Teil Abfindung in Obligationen, so ist die Anwendung (der Fusionsvorschriften) bedenklich." Hier ist sie sogar unstatthaft; s. oben Anm. 2 Literatur. — Andere Schlüsse zog man nach bisherigem Recht; vgl. Wiener 383, Ring, Hergenhahn zu Art. 247; Küfner 13. Diese ließen ein Wahlrecht als zulässig zu. Da aber eine Anwendung zum Teil der Grundsätze der Liquidation und zum Teil der Fusion ausgeschlossen war, so legten sie das Hauptgewicht auf die Absicht der kontrahierenden Par-

Die streitige Frage muß demnach eingeschränkter lauten: „Sind die Vorschriften über die Fusion (§§ 305, 306) anwendbar, wenn den Aktionären der übertragenden Gesellschaft ein Wahlrecht gegeben ist zwischen Abfindung in Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder in sonstigen Vermögensgegenständen und sich nun alle Aktionäre für Abfindung in Aktien entscheiden?"

Die einen lehnen die Anwendbarkeit der fraglichen Vorschriften auch in diesem Falle ab. Sie begründen ihren Standpunkt etwa folgendermaßen: Es ist ganz gleichgültig, welchen Ausgang die Ausübung des Wahlrechts nimmt, auch ganz ohne Belang, was die Absicht der Parteien war. Ein Erfordernis des Fusionsbegriffes ist, daß die Mitglieder der untergehenden Gesellschaft Aktien der aufnehmenden erhalten und vollwertige Mitglieder der Uebernehmerin werden. Diesem Erfordernis ist nicht genügt, wenn den Aktionären ein Wahlrecht gegeben wird, es hängt dann ja ganz vom Belieben der Aktionäre ab, ob sie Mitglieder der aufzunehmenden Gesellschaft werden. Es darf den Mitgliedern der Uebertragerin nur ein gangbarer Weg gelassen werden, den der Abfindung in Aktien der übernehmenden Gesellschaft. Steht ihnen aber noch ein zweiter Weg offen, mögen sie ihn auch nicht betreten, so ist einem wesentlichen Moment des Fusionsbegriffes nicht genügt. Wird den Aktionären ein Wahlrecht gelassen, so ist ja auch die Umwandlung ihrer Mitgliedschaft erst nach Ausübung der Wahl möglich; es tritt also ein Schwebezustand ein, während dessen die bisherigen Mitglieder der untergegangenen Gesellschaft gar keine Aktionärseigenschaft mehr besitzen.

teien beim Abschluß des Vertrages. Wenn dieselben wirklich Fusion gewollt hatten, so sollten die verschiedenen Erfolge der Wahlausübung, d. h. daß ein Teil Aktien, ein anderer Teil Geld usw. gewählt hatte, überhaupt ignoriert und das Verhältnis einfach unter Art. 247 subsumiert werden, da, wie sie zur Begründung ausführten, keines Interesse dabei geschädigt würde. Eine so extensive Interpretation der einschlägigen Bestimmungen erscheint uns aber sehr bedenklich.

Die Anhänger dieser Ansicht erklären, falls ein Wahlrecht zugelassen sei, auf einen solchen Vorgang nur die Vorschrift des § 303 für anwendbar.[5])

Die Gegenpartei betont dagegen: Vor allem kommt es darauf an, daß die Parteien die Fusion unzweifelhaft wollten. Es mag im allgemeinen bedenklich sein, ein Verhältnis nach einem erst nach seiner Eingehung eingetretenen Erfolge zu qualifizieren. Aber wenn der Wille der Kontrahenten, eine wirkliche Fusion im Sinne des Gesetzes vorzunehmen, unzweifelhaft vorhanden gewesen ist, so kann dieser Wille nicht deshalb gänzlich unbeachtet bleiben, weil die Kontrahenten bei der Ausführung eine Möglichkeit statuiert haben, deren Eintritt der Wirkung des Verhältnisses als Fusion entgegenstehen würde, welche dann aber nicht eingetreten ist.[6])

Wenn wirklich neue Aktien als Entgelt gewählt worden sind, so ist auch nicht einzusehen, weshalb nun nicht die Fusionsvorschriften zur Anwendung kommen sollen. Das Wahlrecht ist ausgeübt, und zwar in einem der Fusion günstigen Sinne; es kann ja von nun an nicht mehr hindernd in den Weg treten.

§ 305 Abs. 1 setzt aber auch keinen Zeitpunkt fest, bis zu welchem erkennbar sein muß, daß eine Uebertragung gegen „Aktien" erfolgt.

Das Reichsgericht vertritt auch den letzten Standpunkt (9, 19 ff). Goldmann nennt dies „eine gewiß zu billigende Entscheidung des Reichsgerichts für diesen besonderen Tatbestand"; gleich darauf warnt er vor einer Verallgemeinerung dieses Prinzips. Diese Warnung ist ganz unnötig; es soll ja dieses Prinzip immer nur wieder für den gleichen „besonderen" Fall, wie er der Reichsgerichtsentscheidung zugrunde lag, zur Anwendung kommen, also immer nur dann, wenn alle Aktionäre sich für Abfindung in Aktien entscheiden.

---

[5]) Goldmann § 305 I 2; Pinner II 1 c.

[6]) so nach der RG 9, 19 ff.; im gleichen Sinne Esser § 306 Nr. 4; zu § 305 Makower I f 1; Ring Nr. 4; Staub Anm. 3; Lehmann 534 Anm. 3; Wiener 383.

Keiner befürwortet eine Ausdehnung dieses Prinzips etwa auf den Fall, daß die überwiegende Mehrzahl der Aktionäre Aktien, ein verschwindender Teil andere Gegenleistungen wählt.

Unzweifelhaft ist Fusion dort anzunehmen, wo die Einräumung eines Wahlrechts nur bezwecken soll, die wahre Rechtsnatur des beschlossenen Geschäfts als einer Fusion zu verschleiern. Denkbar ist folgender Fall: Die wahre Absicht der Parteien geht auf die Herbeiführung einer Fusion, deren Voraussetzungen auch tatsächlich alle gegeben sind. Nun wird ein Beschluß gefaßt, wonach jeder Aktionär der übertragenden Gesellschaft nach seiner Wahl entweder Aktien der Uebernehmerin oder Barzahlung erhalten soll. Nach Lage der Sache erwartet und kann die Gesellschaft erwarten [7]), daß keiner ihrer Aktionäre von dem Wahlrecht durch Beanspruchung der Barzahlung Gebrauch macht. Unter solchen Umständen ist das Wahlrecht nur zum Schein gewährt. Der wahre Charakter des Vorganges ist eine Fusion; die auf dieselbe Bezug habenden Vorschriften sind unbedenklich anwenbar. [8])

In welchem Verhältnis die Aktien der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren sind, kann beliebig vereinbart werden. Die Gewährung kann selbst in der Weise erfolgen, daß auf mehrere Aktien der übertragenden Gesellschaft eine Aktie der Uebernehmerin kommt. Dadurch wird möglicherweise ein Aktionär, der nur eine Aktie besitzt, in eine Zwangslage versetzt, er muß entweder noch mehr Aktien in seinen Besitz bringen oder aber die eine Aktie veräußern, eventl. greifen hier die Vorschriften des § 290 über Zwangsumtausch ein. Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß ein solcher Zwang

[7]) Dies kann man mit Bestimmtheit erwarten, wenn es z. B. nach Lage der Sache für die Aktionäre geradezu widersinnig wäre, Barzahlung zu verlangen.

[8]) In diesem Falle ist auch Goldmann für die Anwendbarkeit der Vorschriften über Fusion; dies läßt sich indirekt aus seinen Ausführungen S. 1229 entnehmen.

oft eine Härte für den betroffenen Aktionär darstellt; jedoch wird sich solch ein Zwang kaum vermeiden lassen, wenn die Gewährung von Aktien durchgeführt werden soll.[9])

Wann und schließlich an wen die Aktien gewährt werden müssen bezw. gewährt werden können, darüber ist zweckmäßig erst unter § 11 zu sprechen.

III. Der Fusionsvertrag.

§ 8.

a) Vorbemerkung.

Bei den folgenden Ausführungen ist stets zu beachten, daß das geltende Recht zwei Arten der Fusion, oder richtiger die Fusion in zwei Modalitäten kennt, nämlich die Fusion ohne sofortige Verschmelzung (§ 305) und die Fusion mit sofortiger Verschmelzung (§ 306). Beide haben vieles gemeinsam, doch auch manches verschieden. Besonders tritt bei der Fusion im Sinne des § 306 noch ein weiteres Moment hinzu: die Vereinbarung der Liquidationsausschließung. Diese Verschiedenheiten werden häufig getrennte Erörterungen verlangen, einmal von dem Standpunkt des § 305, ein anderes Mal von dem des § 306 aus.

Im übrigen werden aber die verschiedenen Stadien des Fusionsvorganges in chronologischer Reihenfolge erörtert werden, an einzelnen Punkten unter zweifacher Beleuchtung.

Eine zusammenhängende Erörterung über den Gang der Fusion

a) im Sinne des § 305,
b) im Sinne des § 306

könnte erst am Schluße der Arbeit gegeben werden, da erst nach eingehender Würdigung der einzelnen Vorgänge, besonders auf ihre rechtlichen Wirkungen hin, eine Entscheidung über den „zweckmäßigsten" Gang der Fusion getroffen werden kann.

---

[9]) Staub § 305 Anm. 10; vgl. Lehmann 536 Anm. 4.

Die Erörterung über „die Vereinbarung der Liquidationsausschließung" haben wir gleichfalls nicht unter diesen Abschnitt aufgenommen, weil es der besseren Uebersicht halber zweckmäßig erschien, sie mit den anderen Sonderbestimmungen des § 306 zusammenhängend aufzuführen.

§ 9.

b) Das Wesen des Veräußerungsvertrages (allgemeine Betrachtungen).

Die Fusion zweier Gesellschaften setzt, wie auch die Entstehung einer jeden Handelsgesellschaft, einen Vertrag voraus. Dieser Fusions- oder Veräußerungsvertrag ist notwendig; er wird nicht ersetzt und kann nicht ersetzt werden durch die Beschlüsse der Generalversammlungen der beiden kontrahierenden Gesellschaften. Zwar hat dieser Vertrag, wie wir später sehen werden, vorerst rechtlich gar keine Wirkung. Er wird erst durch die Generalversammlungsbeschlüsse zum Leben erweckt. Und doch wäre es irrig zu sagen, der Vertrag sei überflüssig.

Die Beschlüsse der Generalversammlungen sind lediglich innere Gesellschaftsakte. Und wenn auch die eine Gesellschaft beschließt, ihr Vermögen im Ganzen zu veräußern, eine andere Gesellschaft beschließt, ihr Grundkapital zu erhöhen, weil sie beabsichtigt, sich mit jener Gesellschaft im Wege der Fusion zu vereinigen, so laufen an sich beide Beschlüsse nebeneinander her. Es muß ein Bindeglied geschaffen werden, das die beiden Gesellschaften in Beziehung zu einander bringt. Das Bindeglied bildet der Fusionsvertrag. In ihm erklären beide Parteien sich bereit, sich im Wege der Fusion zu verschmelzen. Die Beschlüsse der Generalversammlungen, zwar die Hauptfaktoren, stellen dann nur den Beitritt zu dieser Willenserklärung, d. h. die Bindung an diesen Vorvertrag dar.

Der Veräußerungsvertrag setzt sich aus zwei Verträgen zusammen, aus einem a) Uebertragungs- und b) einem Uebernahmevertrag. Die untergehende Gesellschaft verpflichtet sich, ihr gesamtes Vermögen auf die übernehmende

Gesellschaft zu übertragen; diese verpflichtet sich ihrerseits, das Vermögen als Ganzes zu übernehmen und als Gegenleistung ihre Aktien in dem vereinbarten Betrage zu gewähren.

Im einzelnen setzt dann der Fusionsvertrag die Modalitäten fest, unter denen das Vermögen als Ganzes übertragen bezw. übernommen werden soll. Er enthält die Bezeichnung der Parteien, bestimmt, ob eine Liquidation stattfinden soll oder ob sie ausgeschlossen sein soll, er hebt hervor, daß die Uebertragung des Gesellschaftsvermögens nur gegen Gewährung von Aktien der Uebernehmerin erfolgen soll. Weiterhin setzt er fest, zu welchem Wert das zu übertragende Vermögen angesetzt wird, wieviel Aktien die Uebernehmerin zu gewähren hat und wieviel Aktien der übertragenden Gesellschaft auf solche der Uebernehmerin kommen; er trifft endlich Bestimmungen, an wen die zu gewährenden Aktien auszuhändigen sind und in welchem Zeitraum der Umtausch der Aktien sich vollziehen muß.

Im Falle der Fusion mit Neugründung muß der Fusionsvertrag gleichzeitig Bestimmungen enthalten über die Grundlagen der neu zu gründenden Gesellschaft, z. B. einen Gesellschaftsvertrag nach den Vorschriften des § 182 entwerfen.

Der Generalversammlung bleibt es vorbehalten, diesem Vertrage rechtliche Wirkungen zu verleihen.

Die Kontrahenten des Vertrages sind die Gesellschaften selbst, nicht etwa ihre Aktionäre.[1]) Die Aktiengesellschaft sowohl wie die Kommanditgesellschaft auf Aktien haben als juristische Person Handlungsfähigkeit, welche ausgeübt wird durch ihre Organe. Die Gesellschaft als solche überträgt ihr Vermögen als Ganzes, nicht jeder Aktionär seinen einzelnen Vermögensanteil.

Der Fusionsvertrag kann von der übertragenden Gesellschaft selbst dann noch abgeschlossen werden, wenn die Gesellschaft schon in Liquidation ist.[2]) Falls eine Fusion im Sinne des § 305 beabsichtigt ist, würde nunmehr eine besonders

---

[1]) Gareis 113; Wiener 385 ff.

[2]) Goldmann § 303 Ziffer 13; Ring § 306 Nr. 1 in Verbindung mit § 304 Nr. 2; Staub § 305 Anm. 2.

geartete Liquidation eintreten; bei einer Fusion im Sinne des § 306 würde mit dem rechtswirksamen Vertragsabschluß eine weitere Liquidation unterbleiben, da § 306 sie ja ausschließt.[3])

Abgeschlossen wird der Fusionsvertrag, da ja nach unseren obigen Ausführungen die Gesellschaften die Kontrahenten sind, durch deren Organe, welche zu ihrer Vertretung berechtigt sind, also in der Regel durch die beiderseitigen Vorstände. War die übertragende Gesellschaft bei Abschluß des Vertrages schon in Liquidation, so tritt anstelle des Vorstandes der Liquidator.[4])

Was die äußere Form des Vertrages anbelangt, so muß derselbe gemäß § 311 BGB gerichtlich oder notariell beurkundet werden, da sich ja durch ihn die veräußernde Gesellschaft verpflichtet, ihr gegenwärtiges Vermögen zu übertragen. — § 311 BGB bezieht sich nur auf den obligatorischen Vertrag. Falls dieser nichtig ist, weil der vorgeschriebenen Form nicht genügt wurde, so ist auch die schon erfolgte Uebertragung ungültig. Was schon auf Grund des Vertrages geleistet worden ist, kann nach den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB zurückgefordert werden.[5])

Nach allgemeinen Regeln unzulässig ist der Fusionsvertrag, wenn auch nur einzelne seiner Bestimmungen das Gesetz oder die Satzung der Gesellschaft verletzen. Doch ist im letzteren Falle zu beachten, daß eine Aenderung der Statuten durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß möglich ist.

Wann wird nun der Fusionsvertrag wirksam? Oben führten wir schon aus, daß der nackte Vertrag nach keiner Richtung hin von vornherein wirksam ist.[6]) Daran ändert auch nichts, daß er gerichtlich oder notariell beurkundet wird.

---

[3]) Näheres bezügl. der Wirkungen des rechtswirksam abgeschlossenen Fusionsvertrages s. unten § 12 ff. und § 23 ff.

[4]) Goldmann § 306 Ziffer 1; Ring § 303 Nr. 3.

[5]) Staub § 305 Anm. 8 und § 303 Anm. 15; Ring § 303 Nr. 3; Planck § 311 Erl. 2.

[6]) Allg. Ansicht; s. z. B. Rehm § 118 B; Makower § 305 III; vgl. auch RG 43, 140.

Der Vertrag als solcher stellt nur den Inhalt fest, das, was die Parteien vorzunehmen „gewillt" sind; erforderlich ist noch der Beitritt zu diesem Vertrage.

c) Die Erfordernisse des Fusionsvertrages.

§ 10.

aa) Der Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft (Fusionsbeschluß).

Den formellen Beitritt zum Fusionsvertrage stellt auf seiten der übertragenden Gesellschaft der Beschluß der Generalversammlung dar, durch welchen dieselbe der Veräußerung des Vermögens im Ganzen zustimmt.

1) Die Fusion ist, wie schon früher betont worden ist, nur eine Unterart der im § 303 allgemein behandelten Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen. Soweit die Sondervorschriften der §§ 305 und 306 nichts anderes bestimmen, finden die Vorschriften des § 303 und der durch ihn angezogenen Paragraphen Anwendung.

2) Nach § 303 Abs. 1 Satz 1 ist eine Veräußerung des Vermögens im Ganzen „nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zulässig."

Der Wortlaut der Bestimmung könnte vermuten lassen, daß § 303 die eigentliche Uebertragung behandelt. Diese Annahme wäre irrig. § 303 behandelt nur den der Uebertragung zugrunde liegenden Vertrag. Die präzisere Wendung des § 305 Abs. 2 „Vertrag über die Vermögensübertragung" wäre auch hier am Platze gewesen.

Daß § 303 Abs. 1 nicht die Uebertragung selbst, sondern nur den Vertrag meint, geht auch aus folgender Erwägung hervor. Würde er die Uebertragung selbst regeln, so müßte ja der Beschluß, durch welchen die Uebertragung dann bedingt

sein würde, einen Gesamtübergang des Vermögens bewirken. Dem widerspricht aber schon § 303 Abs. 3. Eine Gesamtnachfolge läßt das Gesetz nur in den §§ 304 und 306 zu.[1])

3) Nur auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses ist eine Veräußerung des Vermögens im Ganzen zulässig. Der Gesetzgeber hat also in der Gesamtveräußerung des Vermögens einen Vorgang von solch einschneidender Bedeutung erblickt, daß er ihn ausdrücklich der sonst unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsbefugnis der Gesellschaftsorgane entzogen hat. Schließt der Vorstand oder der Liquidator einen solchen Vertrag ohne Zustimmung der Generalversammlung, so ist der Vertrag rechtsunwirksam. Der Erwerber wird selbst nicht durch seine Gutgläubigkeit geschützt. Der in dieser Weise eigenmächtig handelnde Vertreter haftet nicht einmal laut § 179 Abs. 3 BGB, weil der andere Teil dessen Mangel in der Vertretungsmacht kennen mußte. Der Gesetzgeber hat diesen Mangel im § 303 Abs. 1 offenkundig gemacht.[2])

Aus dem Wortlaut der hier in Rede stehenden Bestimmung ergibt sich weiterhin, daß eine allgemeine Ermächtigung eines Gesellschaftsorgans zum rechtsverbindlichen Abschluß des Fusionsvertrages unzulässig ist. „Nur" die Generalversammlung kann eine Uebertragung des Vermögens im Ganzen rechtswirksam beschließen, auch für den Fall der Fusion. Auf ganz anderem Gebiete liegt die unten erörterte Frage, ob die Generalversammlung, nach Fassung des der Gesamtveräußerung zustimmenden Beschlusses, ihre Organe ermächtigen kann, im Rahmen dieses Beschlusses einen Fusionsvertrag mit einer anderen Gesellschaft abzuschließen.

4) Die Wendung „auf Grund eines Beschlusses" läßt leicht die Annahme aufkommen, daß der Gesetzgeber damit eine bestimmte Reihenfolge der Vorgänge festlegen wollte; erst Generalversammlungsbeschluß, d. h. Einwilligung der

[1]) Makower § 303 II a 2; vgl. auch Lehmann Lehrbuch § 93 Gesamtrechtsnachfolge.

[2]) Goldmann § 303 Ziffer 2—4; Ring § 303 Nr. 3; Staub § 303 Anm. 5 und 7.

übertragenden Gesellschaft, dann erst Abschluß des Fusionsvertrages mit der übernehmenden Gesellschaft.

Doch hat der Gesetzgeber eine solche Absicht garnicht gehabt. Im § 305 Abs. 2 spricht er von einem „genehmigten" Vertrag, läßt also auch die Möglichkeit einer umgekehrten Reihenfolge zu, erst Abschluß des Fusionsvertrages, dann Generalversammlungsbeschluß; und im § 304 Abs. 2 spricht er, sogar unter Bezugnahme auf § 303 Abs. 1, von der „Zustimmung" der Generalversammlung.

Dieser Wechsel in den Worten verwirrt das Bild. Da das im § 304 Abs. 2 vom Gesetz angewandte Wort „Zustimmung" am umfassendsten ist, so ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber übereinstimmend in den §§ 303, 304 und 305 zum Ausdruck bringen wollte, daß ein Vertrag, durch welchen die Gesellschaft sich zur Uebertragung ihres Vermögens im Ganzen verpflichtet, der „Zustimmung" der Generalversammlung bedarf. [3])

5) Die Zustimmung aber kann gemäß den Bestimmungen der hier inbetracht zu ziehenden §§ 183 und 184 BGB auf zweierlei Weise zum Ausdruck gebracht werden, entweder vorher als „Einwilligung" (§ 183 BGB.) oder nachher als „Genehmigung" (§ 184 BGB.). [4])

α) In der Regel wird eine Fusion eingeleitet durch Vorverhandlungen der Organe der beiden Gesellschaften; die einzelnen Vereinbarungen werden dann im Fusionsvertrag niedergelegt. Dieser Vertrag ist geschlossen vorbehaltlich der Genehmigung durch die Generalversammlungen der beiden Gesellschaften. Und auf Grund dieser Vereinbarungen wird

[3]) so Makower § 303 II a 3; vgl. zu § 303 auch Ring Nr. 3; Goldmann Ziffer 2.

[4]) Ring § 303 Nr. 3; a. M. Rehm § 118 III B 1; er erklärt die §§ 183, 184 BGB hier für unanwendbar, weil die Generalversammlung im Verhältnis zur Gesellschaft oder Vorstand nicht Dritter ist, es sich hier vielmehr um Zusammenwirken mehrerer Organe desselben Rechtssubjekts handelt.

dann zuerst die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft sich zu entschließen haben und eventl. ihre „Genehmigung" zur Gesamtveräußerung des Vermögens erteilen.

Dies ist der regelmäßige Lauf; er bietet weiter keine Besonderheiten. Betont sei nur noch, daß dieser nachträgliche Zustimmungsbeschluß sich nur auf einen ganz bestimmten Fall beziehen darf, hier also auf jenen Veräußerungsvertrag, welcher unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung der Generalversammlung abgeschlossen ist. Unbenommen bleibt es der Generalversammlung, einzelne Bestimmungen dieses unter Vorbehalt geschlossenen Vertrages abzuändern.

β) Aus dem Begriff „Zustimmung" ergibt sich, daß die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft auch vor Abschluß eines Fusionsvertrages ihre Einwilligung zur Gesamtveräußerung des Gesellschaftsvermögens kund geben kann. In der Praxis wird allerdings dieser Fall wohl nur selten Anwendung finden. Man wird kaum auf gutes Glück hin den immerhin großen Apparat in Bewegung setzen, welcher zur Fassung eines Fusionsbeschlusses notwendig ist, ohne irgendwie Gewißheit zu haben, daß die andere Gesellschaft, mit der man die Fusion einzugehen beabsichtigt, auch wirklich zu einer solchen Verschmelzung bereit ist. Für den Fall, daß die Fusion nicht zustande kommt, macht sich die Bestimmung des § 303 Abs. 2 unangenehm bemerkbar. Danach ist die Gesellschaft infolge ihres Beschlusses auf Veräußerung des Vermögens im Ganzen aufgelöst. Hat sie den beabsichtigten Zweck nicht erreicht, will sie andrerseits auch ihren Geschäftsbetrieb aufrecht erhalten, so muß die Gesellschaft in neu zu berufender Generalversammlung erst wieder die Fortsetzung beschließen. (§ 307 Abs. 1.)

Da aber immerhin der Fall denkbar und gesetzlich auch zulässig ist, daß die Gesellschaft, ohne irgendwie mit einer andern Gesellschaft bezüglich einer Fusion in Unterhandlung getreten zu sein, den Beschluß auf Uebertragung des ganzen Vermögens an eine vorläufig noch unbestimmte Gesellschaft faßt, so muß hier auf diesen Fall näher eingegangen werden.

Wie hat man sich die Anbahnung der Fusion zu denken, nachdem schon der auf Fusion gerichtete Uebertragungsbeschluß in der Welt ist?

Die Ausführung des Beschlusses wird den Organen der Gesellschaft vorbehalten bleiben müssen. Nun stellt aber die allgemeine Ermächtigung eines Organs zum rechtverbindlichen Abschluß eines Fusionsvertrages, selbst wenn sie durch Generalversammlungsbeschluß erteilt wird, eine unzulässige Delegation dar (s. S. 26). Es kann also die Generalversammlung, nachdem sie in eine Veräußerung des Vermögens im Wege der Fusion eingewilligt hat, nun nicht weiter beschließen: „Der Vorstand wird ermächtigt, das Gesellschaftsvermögen im Ganzen zu übertragen." [5])

Wird ein Uebertragungsbeschluß gefaßt, bevor der Fusionsvertrag abgeschlossen ist, so muß der Generalversammlungsbeschluß bis ins einzelne Bestimmungen treffen, unter welchen Bedingungen künftig ein Fusionsvertrag getätigt werden darf. Letzterer muß sich genau innerhalb der von dem Beschluß gezogenen Grenzen halten; innerhalb dieser Grenzen können geringfügige Aenderungen vorgenommen werden. Vor allem darf das ausführende Organ nie eigenmächtig vorgehen, es muß stets nach fester Anweisung handeln. Es darf in diesem Augenblick nur Ausführungsorgan sein. Der eigene Wille des Organs tritt hierbei völlig in den Hintergrund gegenüber dem allein maßgebenden und zum Ausdruck gebrachten Willen der Generalversammlung. [6])

6) Ebenso wie der Veräußerungsvertrag noch während des Liquidationsstadiums der übertragenden Gesellschaft abgeschlossen werden kann, darf die Generalversammlung der Uebertragerin den Fusionsbeschluß fassen, selbst wenn die Gesellschaft schon in Liquidation ist. [7]) Ein solcher Beschluß überschreitet auch nicht die Grenzen, welcher der Generalver-

[5]) Makower § 303 II a 1.

[6]) so zu § 303 Staub Anm. 8 ff.; Makower II a 1; Ring Nr. 3; Goldmann Ziffer 4; auch Staub § 305 Anm. 8.

[7]) so zu § 303 Goldmann Ziffer 13; Staub Anm. 9; Ring § 305 Nr. 5.

sammlung einer schon in Liquidation befindlichen Gesellschaft hinsichtlich ihrer Betätigung gezogen sind. Sie darf nur solche Beschlüsse fassen, die auf Erfüllung der durch die Liquidation gestellten Aufgaben gehen. Dem widerspricht auch nicht der Fusionsbeschluß, weil die als Folge eintretende Verschmelzung nur unter liquidationsähnlichen Begleiterscheinungen vor sich gehen kann. § 305 verlangt ausdrücklich eine, wenn auch besonders geartete Liquidation, und § 306 trifft im Abs. 2—6 Bestimmungen, welche den gleichen Zweck wie die Liquidationsvorschriften verfolgen. Daher ist die Fassung des oben erwähnten Beschlusses auch während der Liquidation der übertragenden Gesellschaft zulässig und unbedenklich.

Nicht so einfach ist die Frage zu beantworten, ob die Generalversammlung einer schon in Liquidation befindlichen Gesellschaft, deren Statut eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung im Ganzen verbietet, im Liquidationsstadium noch eine Statutenänderung, — naturgemäß unter Berücksichtigung aller vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse —, vornehmen kann dahin, daß sie unter Aufhebung der alten Bestimmungen eine Veräußerung im Ganzen für zulässig erklärt und dann auch beschließt. Die Frage ist streitig. Die herrschende Meinung*) hält eine Statutenänderung im Liquidationsstadium für zulässig, soweit der mit der Statutenänderung verfolgte Zweck mit dem Liquidationszweck vereinbar ist. Durch einen Generalversammlungsbeschluß, welcher im Liquidationsstadium der Gesellschaft die Statuten noch ändert und eine Uebertragung des Vermögens im Ganzen für zulässig erklärt, wird der mit der Liquidation verfolgte Zweck nicht berührt, die Absicht des Gesetzgebers, eine Benachteiligung der Gläubiger und Aktionäre zu verhüten, nicht durchkreuzt. Wie kurz vorher hervorgehoben wurde, ist eine Uebertragung des Vermögens im Ganzen auch nur unter Beobachtung der Liquidationsvor-

*) so zu § 294 Ring Nr. 3, Staub Anm. 3 ff., Makower II d (die beiden letzteren in Einzelheiten etwas abweichend), KGJ 15, 35 ff.; Lehmann 557/558 und Lehmann Lehrbuch § 92 Nr. 1 und 2, insbesondere Anm. 6 hierzu, a. M. Gierke Genossenschaftstheorie 894.

schriften (§ 305) oder ähnlicher, den gleichen Zweck verfolgender Bestimmungen (§ 306 Abs. 2—6) möglich.

7) Den der Gesamtübertragung zustimmenden Beschluß nur als aufschiebend bedingt oder betagt zu fassen, ist zulässig.[9]) Auf diese Weise kann eine vorzeitige Auflösung der übertragenden Gesellschaft vermieden werden. Wie wir unten sehen werden, hat der Fusionsbeschluß die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, eine Bindung der Uebernehmerin tritt aber, für den Fall, daß sie anläßlich der Fusion ihr Kapital erhöht, erst mit dem zeitlich nachfolgenden Kapitalserhöhungsbeschluß ein. Um nun zu verhüten, daß die Uebertragerin aufgelöst ist, bevor die übernehmende Gesellschaft an den Fusionsvertrag gebunden ist, wird zweckmäßig der die Auflösung der Gesellschaft herbeiführende Fusionsbeschluß bedingt oder betagt gefaßt, z. B. betagt bis zur Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses der übernehmenden Gesellschaft, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, in welchem die rechtswirksame Bindung der aufnehmenden Gesellschaft eintritt.

8) Bezüglich der erforderlichen Mehrheit sagt § 303 Abs. 2: „Der Beschluß bedarf einer Mehrheit, die mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen."

α) Es sei vorangeschickt, daß für die Berufung, Abstimmung usw. der Generalversammlung die allgemeinen Bestimmungen der §§ 251 ff. maßgebend sind, sofern nicht durch die Vorschriften der §§ 303, 305 und 306 ein anderes bestimmt wird. Streifen wir kurz die einschlägigen Bestimmungen.[10])

Die Generalversammlung kann berufen werden durch den Vorstand (§ 253), den Aufsichtsrat (§ 246), die Liquidatoren (§ 298), wenn die übertragende Gesellschaft schon in Liquidation sich befindet; schließlich auch durch andere Personen, welche der Gesellschaftsvertrag dazu ermächtigt. (§ 253 Abs. 1.)

---

[9]) Makower § 303 II b; Ring § 305 Nr. 9.

[10]) vgl. hierzu Lehmann Lehrbuch § 85.

Auch hier können Aktionäre, deren Anteile zusammen ein Zwanzigstel des Grundkapitals ausmachen, die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe von den allgemein zur Berufung berechtigten Personen verlangen und, falls diese dem Verlangen nicht entsprechen, das zuständige Gericht um Hilfe anrufen. (§ 254.)

Ferner muß auch hier die Berufung rechtzeitig, d. h. mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Versammlung, erfolgen, wobei der Tag der Berufung und der, an welchem die Generalversammlung stattfindet, nicht mitzurechnen ist. Falls der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung dahin trifft, daß sein Stimmrecht nur derjenige ausüben darf, welcher seine Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vor der Generalversammlung hinterlegt hat, dann ist die Einberufungsfrist derart zu bemessen, daß für die Hinterlegung noch mindestens zwei Wochen frei bleiben. Die Hinterlegung der Aktien bei einem Notar genügt. (§ 255) [11])

Bei der Berufung soll [12]) der Zweck der Generalversammlung bekannt gemacht werden. Da im vorliegenden Falle für die Beschlußfassung gemäß § 303 Abs. 1 die einfache Stimmenmehrheit nicht ausreicht, so muß [13]) die Ankündigung über den zur Verhandlung stehenden Gegenstand mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung erfolgen. (§ 256.)

Nach § 257 kann jeder Aktionär, der eine Aktie bei der Gesellschaft hinterlegt hat, verlangen, daß ihm durch eingeschriebenen Brief die Berufung der Generalversammlung und die auf der Tagesordnung stehenden Gegenstände besonders mitgeteilt werden, sobald die öffentliche Bekanntmachung erfolgt.

Auch bei dem hier in Rede stehenden Falle ist laut § 258 in der Generalversammlung ein Verzeichnis der erschienenen

[11]) Für die Berufung genügt Inserat in der Zeitung (Regelfall); jedoch auch die Einladung durch eingeschriebenen Brief, Zirkular, mündliche Bestellung usw.

[12]) also Ordnungsvorschrift; vgl. hierzu Lehmann Lehrbuch § 85 Nr. 4, insbesondere daselbst Anm. 9.

[13]) Im anderen Falle anfechtbar binnen 1 Monat nach den §§ 271 ff.

Aktionäre oder deren Vertreter mit Angabe ihres Namens, Wohnorts und des von einem jeden von ihnen vertretenen Aktienbetrages aufzustellen.

Jede Aktie gewährt das Stimmrecht, das nach den Aktienbeträgen ausgeübt wird. Ein Stimmrecht hat also jeder Aktionär, der eine Inhaberaktie im Besitz hat, oder, wenn Namensaktien in Frage kommen, ins Aktienbuch eingetragen ist. Auch hier steht das Stimmrecht dem Aktionär schon zu, wenn Aktien bisher auch noch nicht zur Ausgabe gelangten, z. B. den Aktionären nur Interimsscheine ausgehändigt worden waren.

Durch die Satzung kann das Stimmrecht nicht gänzlich entzogen, wohl aber beschränkt werden. Der Gesellschaftsvertrag kann die Ausübung des Stimmrechts durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder von Abstufungen beschränken.[14]) Falls Aktien verschiedener Gattung ausgegeben sind, kann das Statut den Aktien der einen Gattung ein höheres Stimmrecht beilegen, als den Aktien einer anderen Gattung; jedoch ist wiederum eine gänzliche Entziehung des Stimmrechts auch für einzelne Gattungen unzulässig.[15])

Statthaft ist es, das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten auszuüben; die Vollmacht muß in schriftlicher Form gegeben sein und bei der Gesellschaft hinterlegt werden, welche sie aufbewahrt. (§ 252.) Naturgemäß bedürfen die Vertreter juristischer Personen keiner besonderen Vollmacht.

β) Eine abweichende Regelung trifft § 303 Abs. 1 bezüglich der erforderlichen Stimmenmehrheit; er verlangt die sog. qualifizierte Mehrheit, d. h. eine Mehrheit, welche mindestens drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt.

[14]) Eine Umgehung dieser Vorschrift ist bei Inhaberaktien insofern möglich, als der Inhaber einer großen Zahl von Aktien diese an sog. Strohmänner verteilt, die sich verpflichten, in dem von ihm gewünschten Sinne zu stimmen. Bei Namensaktien ist ein solches Umgehen sehr erschwert, da ja nur der im Aktienbuch Verzeichnete Stimmrecht hat.

[15]) JW 1893 S. 310 Nr. 18; s. auch Lehmann Lehrbuch § 85 Nr. 2.

Dies wird gefordert mit Rücksicht auf die Wichtigkeit und einschneidende Bedeutung des Fusionsvorganges; man will nach Möglichkeit vermeiden, daß ein so bedeutungsvoller Beschluß durch Zufallsmehrheit vielleicht zustande kommt. Die ¾ Mehrheit ist das Minimum, welches für das Zustandekommen des hier in Frage stehenden Beschlusses erforderlich ist.[16])

Der Gesellschaftsvertrag kann „noch andere" Erfordernisse aufstellen; d. h. zwar die Anforderungen verschärfen, nicht aber mildern.[17]) Es kann also die Satzung z. B. Stimmeneinhelligkeit, mehrfache Abstimmung in verschiedenen Generalversammlungen usw. erfordern, nicht aber zur Gültigkeit des Fusionsbeschlusses nur eine einfache Mehrheit für ausreichend erklären.

Es ist daher unrichtig, wenn Pinner für den Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im ganzen einfache Stimmenmehrheit als genügend erachtet. Das will er wohl in seinen Erläuterungen § 305 II 2 c sagen, wenn er ausführt: „Für die Genehmigung des Vertrags genügt an sich, falls das Statut nichts anderes bestimmt, Stimmenmehrheit." Die herrschende Ansicht verwirft die Pinnersche Auffassung.[18]) Das Gesetz erfordert ausdrücklich eine qualifizierte Mehrheit; nach unseren obigen Ausführungen kann selbst durch die Satzung eine geringere Mehrheit nicht für genügend erklärt werden.

---

[16]) D 177; Ring § 305 Nr. 5. Das Allg. D. HGB ging weiter. Es verlangte Beschluß der Generalversammlung mit Stimmeneinhelligkeit, es sei denn, daß das Statut ein anderes gestattete. Es verlangte weiterhin, daß der Staat seine Genehmigung zu der Uebertragung im Wege der Fusion erteilte. Die Aktiennovelle von 1884 erforderte jedoch zur Gültigkeit des Fusionsbeschlusses gemäß Art. 215 Abs. 4 nur noch eine ¾-Mehrheit. Die neuere Gesetzgebung — Aktiennovelle und geltendes Recht — hat also den Schutz der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft abgeschwächt.

[17]) s. zu § 303 Goldmann Ziff. 3, Pinner II 1, Staub Anm. 5, Ring Nr. 3 und D 177.

[18]) Gegen Pinner z. B. Ring § 303 Nr. 3 und § 305 Nr. 5, Makower § 305 II, Goldmann § 305 II b, Staub § 303 Anm. 5.

γ) Die Feststellung, ob der Fusionsbeschluß die erforderliche Mehrheit erhalten hat, muß sich nach zwei Richtungen hin erstrecken.

Gezählt werden erstens mal, wie bei jeder Beschlußfassung, die abgegebenen Stimmen. Dabei bleiben unberücksichtigt alle die, welche freiwillig auf ihr Stimmrecht verzichteten oder laut Gesetz oder Statut nicht mitstimmen dürfen.[19])

Bei dem Fusionsbeschluß ist aber noch eine zweite Feststellung erforderlich. Zur Berechnung des vertretenen Grundkapitals müssen alle Aktien gezählt werden, welche durch die anwesenden Aktionäre vertreten werden, gleichviel ob sie mitstimmten oder sich der Abstimmung enthielten, ob sie laut Statut nur für einen Höchstbetrag des von ihnen vertretenen Aktienkapitals das Stimmrecht ausüben konnten, ein Teil der Aktien für das Abstimmungsergebnis also garnicht in betracht kam. Gezählt werden müssen alle vertretenen Aktien.

Unerheblich ist, welcher Bruchteil des ganzen Grundkapitals der Gesellschaft vertreten ist. Art. 215 Allg. D. HGB bestimmte noch: „Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch dann, wenn mehrere Aktien mit verschiedener Berechtigung ausgegeben sind." Diese Vorschrift ist als selbstverständlich heute fortgelassen.[20]) Es ist also unwesentlich, ob das vertretene Grundkapital sich aus verschiedenen Aktiengattungen zusammensetzt.[21])

δ) Erfordert wird also vom Gesetz, daß die Personen, welche der Fusion zustimmen, ¾ der vertretenen Aktien im Besitz haben; weiterhin müssen die Stimmen dieser Personen bei der gleichen Abstimmung die einfache Mehrheit aller abgegebenen Stimmen ausmachen, denn sonst liegt nach § 251 Abs. 1 überhaupt kein Beschluß vor.

Man denke sich folgenden Fall: Anwesend sind 100 Aktionäre, die zusammen ein Grundkapital von 600 000 Mk.

---

[19]) so Makower § 275 I b 1; a. M. Pinner Anm. I 2; vgl. auch die Ausführungen Rings zum § 275 und RG 20, 143.

[20]) s. D 166.

[21]) s. Makower § 275 I b 1.

vertreten. 90 Aktionäre beteiligen sich an der Abstimmung; davon stimmen 50 für, 40 gegen die beabsichtigte Fusion. Einfache Stimmenmehrheit ist schon vorhanden. — Diese 50 vertreten ein Grundkapital von etwa 475 000 Mk. Sie haben also auch über ¾ der Aktien des überhaupt vertretenen Kapitals in der Hand. Es ist also auch die ¾ Mehrheit des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals vorhanden, der Fusionsbeschluß demnach gefaßt. —

Nun ist aber auch denkbar, daß die für die Fusion stimmenden Aktionäre über ¾ des vertretenen Kapitals an Aktien in Händen haben, ohne daß sie die einfache Mehrheit ausmachen. Z. B. 40 stimmen für, 50 gegen die Fusion; 10 enthalten sich. Die in der Minderheit Gebliebenen vertreten aber Aktien von insgesamt 475 000 Mk., während für 600 000 Mk. im Ganzen Aktien vertreten sind. Die ¾ Mehrheit des vertretenen Grundkapitals wäre also vorhanden. Eine Fusion wäre in diesem Fall aber nicht beschlossen.

Aus diesen Beispielen ergibt sich demnach als Folgerung: Gezählt werden müssen

I a) alle überhaupt abgegebenen Stimmen,
b) die Zahl der für die Fusion abgegebenen Stimmen;

II c) das in der Generalversammlung überhaupt vertretene Grundkapital;
d) die Zahl der Aktien, welche in den Händen der Personen sind, die für die Fusion gestimmt haben.

Dann muß:

1) die Summe aus b) einfache Stimmenmehrheit gegenüber der Summe aus a) ergeben;

2) die Summe aus d) mindestens ¾ der Summe aus c) ausmachen.

Ergeben die unter 1) und 2) erhobenen Feststellungen das erforderte Ergebnis, so ist der Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im Ganzen im Wege der Fusion rechtsgültig gefaßt.

9) Beurkundung. Gemäß den Vorschriften des § 259 bedarf der Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im Ganzen zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll.

Das Gesetz erfordert also ein höchst förmliches Protokoll; es genügt demnach nicht eine bloße Aufzeichnung, daß dieser oder jener Beschluß gefaßt ist. Es muß vor allem die durch § 259 vorgeschriebene Form gewahrt werden; erst ergänzend kommen das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 [22]) und das Landesgesetz in Frage. Bei diesen Gesetzen ist jedoch zu beachten, daß in ihnen durchweg von der Beurkundung des Inhalts von Rechtsgeschäften, nicht aber von Beurkundungen von Vorgängen selbst die Rede ist.

Die herrschende Meinung geht dahin, daß § 259 erschöpfende Vorschriften über den Inhalt und die Art der Aufnahme des Protokolls geben will. [23]) Nur wo er eine Lücke lassen sollte, ist eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen der oben zitierten Gesetze zulässig.

„In dem Protokoll sind der Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Richters oder Notars, sowie die Art und das Ergebnis der Beschlußfassung anzugeben." (§ 259 Abs. 2.) Alles dies muß das Protokoll zum mindesten enthalten, ist es ausführlicher, so wird es damit naturgemäß nicht ungültig.

Die Wendung „Art der Beschlußfassung" läßt eine weite Deutung zu. Es ist darunter erstens zu verstehen, wie abgestimmt wurde, ob namentlich, ob geheim oder sonstwie. Es ist aber weiter darunter zu verstehen, daß im Protokoll angegeben wird, welche Anträge gestellt und welche Widersprüche erhoben worden sind. Nicht aber braucht aufgezeichnet zu werden, wer den Antrag gestellt und womit er begründet worden ist; oder was gegen ihn vorgebracht worden ist. Zu

[22]) Insbesondere §§ 167 ff. FGG.

[23]) vgl. die Ausführungen der D 156 ff.; im obigen Sinne u. a. Makower § 259 II a, Pinner § 259 II.

bedenken ist bei der Abfassung des Protokolls, daß es ein großzügiges und dabei doch klares Bild der Verhandlung ergeben soll.

Das Protokoll soll auch das „Ergebnis der Beschlußfassung" enthalten, d. h. vor allem das zahlenmäßige Ergebnis der Abstimmung. Weiterhin ist aber auch der gefaßte Beschluß als „Ergebnis" im Wortlaut in das Protokoll aufzunehmen.

Vollzogen werden muß das Protokoll von dem Richter oder Notar. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht erforderlich. (§ 259 Abs. 4.)

Dem Protokoll sind beizufügen das vom § 258 erforderte und nach dessen Bestimmungen aufzustellende Verzeichnis der Teilnehmer an der Generalversammlung sowie die Belege über die ordnungsmäßige Berufung. Andrerseits kann aber, laut § 259 Abs. 3 von der Beifügung der Belege abgesehen werden, wenn sie unter Angabe ihres Inhalts in dem Protokoll selbst aufgeführt werden. Letzteres ist in der Praxis die Regel; gleich im Protokoll wird festgestellt, daß die Berufung form- und fristgerecht vor sich gegangen ist.

Eine Verlesung des Protokolls, das gemäß § 175 FGG [24]) in deutscher Sprache abgefaßt sein muß, ist nicht erforderlich; § 259 spricht garnicht davon. § 177 FGG aber ist weder unmittelbar maßgebend, da er sich nur auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften bezieht, noch entsprechend anwendbar, da nach unseren obigen Ausführungen § 259 das von ihm behandelte Gebiet ausschließlich regeln will, das Nichterwähnen des Verlesens aber im § 259 nicht auf einem Uebersehen beruht, also keine Lücke darstellt, in welche § 177 FGG ergänzend einspringen müßte. [25])

Die im vorigen behandelten, in Absatz 1 bis 4 des § 259 enthaltenen Vorschriften sind zwingender Natur; eine Verletzung derselben gibt den Aktionären ein Klagerecht aus den §§ 271 ff.

---

[24]) s. näheres bei Makower § 259 II b 6.

[25]) s. Makower § 259 II a 2, Litthauer-Mosse § 258 Anm. 1, Pinner § 259 II 6, Rudorff zu Abs. 4.

Schließlich ist nach § 259 Abs. 5 eine öffentlich beglaubigte Abschrift des Protokolls unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, nach der Generalversammlung von dem Vorstand zum Handelsregister einzureichen, und zwar sowohl zum Register des Hauptbesitzes, als auch zu jenen der Zweigniederlassungen; die Einreichung ist durch Ordnungsstrafen erzwingbar. (§§ 13 und 14.)

10) Anmeldung und Eintragung. An dieser Stelle ist die wichtige Frage zu erörtern, in welchem Augenblick der Uebertragungsbeschluß rechtswirksam wird.

Wiewohl die Anmeldung der Eintragung zeitlich vorausgeht, dürfte es sich hier empfehlen, erst zu erörtern, ob eine Eintragung des Beschlusses überhaupt erforderlich ist, da sich die Bestimmungen über die Anmeldung dann von selbst ergeben.

Der Fusionsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft ist gültig und rechtswirksam „regelmäßig" ohne Eintragung; er bedarf auch nicht der Anmeldung. Gareis 125 sagt treffend: „Die Handelsgesellschaften sterben an den wirksam gewordenen Auflösungsgründen, nicht an der Registrierung ihrer Auflösung." Dem stimmen für den Regelfall die Mehrzahl der Kommentatoren usw. zu.[24])

Ist auch an und für sich die Eintragung unwesentlich für die Wirksamkeit des Uebertragungsbeschlusses, so gehört sie unter Umständen direkt zur Rechtswirksamkeit des Beschlusses, nämlich für den Fall, daß die Auflösung der Gesellschaft eine Statutenänderung in sich schließt. Man denke z. B., der Gesellschaftsvertrag bestimme, daß die Gesellschaft nach 10jähriger Dauer aufgelöst sein soll. Nach Ablauf von 7 Jahren faßt die Generalversammlung den Beschluß, das Vermögen als Ganzes im Wege der Fusion zu übertragen. Dieser Be-

[24]) vgl. Lehmann Lehrbuch § 91 Nr. 2 und daselbst Anm. 5. Zu § 303 Staub Anm. 6; Ring Nr. 3; Goldmann Ziff. 11; falsch auf jeden Fall Dorst 233: „beide Beschlüsse werden erst wirksam durch die Eintragung im Handelsregister". Unter „beide" ist neben dem Grundkapitalserhöhungsbeschluß auch der Fusionsbeschluß gemeint.

schluß stellt, da er die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, gleichzeitig eine Statutenänderung dar, denn die in der Satzung ursprünglich festgesetzte Dauer der Gesellschaft wird abgekürzt. Bezüglich einer Statutenänderung bestimmt § 277 in Abs. 1 und 3: „Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden" und „Die Abänderung hat keine Wirkung, bevor sie bei dem Gericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen worden ist."

In dem besonders gearteten Falle also, daß der Uebertragungsbeschluß gleichzeitig eine Statutenänderung in sich birgt, aber auch nur in einem solchen Falle, ist die Eintragung zur Rechtswirksamkeit des Beschlusses erforderlich.[27])

Demgegenüber behauptet Goldmann § 305 II b, daß der, die Gesamtübertragung billigende Beschluß zu seiner Gültigkeit nie der Eintragung bedürfe, selbst dann nicht, wenn durch ihn eine frühere Bestimmung des Statuts geändert würde. Die gegenteilige Ansicht beruhe auf einer Verwechselung eines – sofort wirksam werdenden – Auflösungsbeschlusses mit einem die satzungsgemäße Dauer des Vertrages abkürzenden, also erst in Zukunft wirksam werdenden Abänderungsbeschlusses.

Die Goldmannsche Ansicht hat etwas Bestechendes an sich. Jedoch auch Goldmann wird zugeben müssen, daß § 277 durch § 303 nicht ausgeschlossen ist. Hat der Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft regelmäßig die Auflösung zur Folge, unabhängig von der Eintragung, so tritt für den Fall, daß der Beschluß gleichzeitig eine Abänderung der Satzung mit sich bringt, der nicht außer Anwendung gesetzte § 277, — das sei nochmals hervorgehoben –, in Kraft; und nach Abs. 3 des zit. Paragraphen hat die Abänderung, also auch der die Abänderung in sich bergende Beschluß, keine Wirkung, bevor sie nicht beim Gericht des Sitzes eingetragen worden ist.

---

[27]) so Ring § 303 Nr. 4 und § 305 Nr. 5; Staub § 303 Anm. 9 und § 305 Anm. 15; Pinner § 303 II 3. Gem. § 275 Abs. 1 bedarf auch der Beschluß auf Statutenänderung der qualifizierten Mehrheit; vgl. auch oben Seite 30 ff.

Goldmann verwirft a. a. O. fernerhin die Ansicht, daß der Beschluß der übertragenden Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister „anzumelden" sei. Nur die Auflösung, nicht der Beschluß sei anzumelden. Die Auflösung aber sei die unmittelbare, sich von selbst ergebende Folge des die Zustimmung zu dem Fusionsvertrage enthaltenden Beschlusses.

Unzweifelhaft wird nur die erfolgte Auflösung ins Handelsregister eingetragen; auch bedarf der Beschluß „als solcher" keiner Anmeldung.[28]) Wenn andere nun sagen: „Der Beschluß ist zur Eintragung anzumelden",[29]) so mag dieser Ausdruck nicht ganz korrekt sein, sie erstreben und erreichen auch nichts anderes als Goldmann. § 293, dessen Vorschriften hier in Frage kommen, sagt ganz allgemein, die Auflösung müsse angemeldet werden. Ob diese Anmeldung nun dadurch geschieht, daß der die Auflösung bewirkende Beschluß oder nur die eingetretene Auflösung angemeldet wird, ist für den erzielten Effekt ohne Belang. Auch jene, welche sagen, daß der Beschluß anzumelden sei, betonen ausdrücklich, daß nichts weiter im Handelsregister einzutragen ist, als daß die Auflösung erfolgte, daß insbesondere nicht der Grund, also hier eben jener Beschluß auf Uebertragung des gesamten Vermögens, einzutragen ist.[30])

Der ganze Streit hat praktisch keine Bedeutung.

Die Pflicht zur Anmeldung liegt nach § 293 dem Vorstand ob. Im Einzelnen wird unten noch darauf einzugehen sein (Seite 65, 98, 106 ff.).

Hier sei nur noch die Frage der Erzwingbarkeit der Anmeldung erörtert. Da die Eintragung „regelmäßig" zur Gültigkeit des Fusionsbeschlusses nicht gehört, so kann hier die Erfüllung der Anmeldungspflicht sowohl beim Gericht der Haupt- als auch der Zweigniederlassung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. (§§ 13 und 14.)

---

[28]) Makower § 303 II c und III a.

[29]) Staub § 305 Anm. 15; Pinner § 303 II 3.

[30]) vgl. z. B. Staub § 303 Anm. 9.

Dort aber, wo der Beschluß eine Statutenänderung in sich schließt, seine Wirksamkeit erst mit der Eintragung eintritt, gibt es keinen Zwang zur Anmeldung, wenigstens nicht beim Gericht des Sitzes der Gesellschaft. § 319 Abs. 2 führt zwar nicht § 293, dafür jedoch den § 277 Abs. 1, dessen Bestimmungen in diesem Falle eine Rolle spielen,[31]) an.

Die Eintragung hat demnach, abgesehen immer von dem Fall, daß der Fusionsbeschluß auch eine Statutenänderung mit sich bringt, keine konstitutive Wirkung. Die Bedeutung der Eintragung liegt in anderer Richtung. Die Endigung der Gesellschaft und damit auch die Endigung der Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder usw. kann von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, d. h. hier also von sämtlichen Aktionären, einem gutgläubigen Dritten nur dann entgegengesetzt werden, wenn die Gesellschaftsauflösung eingetragen war oder aber dem Dritten die Endigung der Gesellschaft auch so bekannt war. (§ 15.)

11. Veröffentlichung. In Erfüllung des § 10 hat das Gericht die Eintragungen in das Handelsregister durch den „Deutschen Reichsanzeiger" und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen, in jedem Blatt braucht aber die Bekanntmachung nur einmal zu erfolgen.[32])

Eine gewisse Veröffentlichung erfolgt auch schon dadurch, daß bei einer Fusion im Sinne des § 305 die Liquidatoren, bei einer solchen im Sinne des § 306 der Vorstand der Uebernehmerin gemäß § 297 unter Hinweis auf die Auflösung der übertragenden Gesellschaft deren Gläubiger dreimal in den Gesellschaftsblättern auffordern müssen, ihre Ansprüche an die übertragende Gesellschaft anzumelden.

---

[31]) s. zu § 305 Staub Anm. 15; Ring Nr. 9; Pinner II 2 d γ und § 303 II 3.

[32]) s. D 26; vgl. für Preußen noch Allg. Vfg. vom 7. 11. 99 (J M Bl S. 313) und vom 12. 6. 00 (J M Bl S. 439).

bb) Die Vereinbarung der Liquidationsausschließung bei der „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" (§ 306).

Im Falle des § 306 muß die übertragende Gesellschaft auch der Vereinbarung über die Liquidationsausschließung zustimmen. Wir beabsichtigen jedoch erst an späterer Stelle, im Zusammenhang mit den anderen Eigenarten der Fusion nach § 306, auf das Wesen und die Erfordernisse dieses Ausschließungsbeschlusses einzugehen (vgl. unten § 21).

§ 11.

cc) Der Kapitalserhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft.

1) An früherer Stelle hoben wir hervor, daß der nackte Fusionsvertrag nach keiner Richtung hin wirksam sei. Im § 10 haben wir erörtert, wodurch und wann die Bindung der übertragenden Gesellschaft an diesen Fusionsvertrag herbeigeführt wird. Es fehlt noch die Bindung der übernehmenden Gesellschaft. Der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der Uebertragerin wirkt zunächst auch nur als Angebot, auf seiten der Uebernehmerin muß dessen Annahme erfolgen, und zwar in angemessener Zeit. Falls die Annahme sich ungebührlich verzögern würde, kämen die Bestimmungen der §§ 147 Abs. 2 und 150 Abs. 1 BGB in Frage. Andrerseits kann, wie wir auch schon oben ausführten, die übertragende Gesellschaft die Wirksamkeit des Fusionsbeschlusses abhängig machen von der rechtswirksamen Bindung der übernehmenden Gesellschaft.

Wann tritt diese Bindung ein?

2) An und für sich bedarf der Fusionsvertrag der Zustimmung der Generalversammlung der Uebernehmerin nicht. Einerseits schreibt das Gesetz eine Zustimmung auf seiten der Uebernehmerin nicht vor, andrerseits muß der Vorstand nach außen hin für befugt erachtet werden, einen Vertrag auf Uebernahme eines ganzen Gesellschaftsvermögens, mit Aktiva und Passiva, rechtsverbindlich abzuschließen. Aus den §§ 231 ff. geht Gegenteiliges nicht hervor. Wieweit der Vorstand nach innen hin in seiner Vertretungsbefugnis beschränkt ist, ist für

den Dritten nach ausdrücklicher Vorschrift des § 235 Abs. 2 Satz 1 ohne Belang.[1])

Der Vorstand könnte an sich den Veräußerungs- bezw. Uebernahmevertrag für die aufzunehmende Gesellschaft rechtsverbindlich abschließen.[2])

In der Praxis wird allerdings kaum ein Vorstand auf eigene Gefahr eine so bedeutungsvolle Maßregel vornehmen; er wird stets Deckung bei der Generalversammlung suchen.

Nur dann muß auch die übernehmende Gesellschaft durch Generalversammlungsbeschluß dem Fusionsvertrag zustimmen, wenn sie infolge der Uebernahme das Grundkapital erhöht. Denn der Fusionsvertrag enthält ja und muß enthalten die Zusicherung der Gewährung von Aktien von seiten der Uebernehmerin. Eine solche Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien aber, wie sie bei der Fusion den Aktionären der übertragenden Gesellschaft gegeben wird, ist, falls sie vor dem Beschlusse über die Erhöhung des Grundkapitals geschieht, der Gesellschaft gegenüber unwirksam. (§ 283 Abs. 2.) Macht die übernommene Verpflichtung der Gewährung von Aktien eine Grundkapitalserhöhung erforderlich, so muß erst die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft zustimmen; der Beschluß wird erst mit der Eintragung wirksam.[3])

3) Uebrigens ist die Grundkapitalserhöhung auf seiten der Uebernehmerin begrifflich für den Fusionsvorgang nicht nötig. Eine Fusion setzt nicht unbedingt eine Erhöhung des Kapitals der Uebernehmerin voraus;[4]) der Fusionsbegriff setzt nur Gewährung von Aktien der Uebernehmerin voraus. Es ist aber sehr wohl denkbar, daß die aufnehmende Gesellschaft

---

[1]) Nach innen hin können sich die Mitglieder des Vorstandes bei Ueberschreitung ihrer Befugnisse nach § 241 schadensersatzpflichtig machen.

[2]) S. zu § 305 Goldmann II 1 b; Ring Nr. 5; Pinner II 2 c, der jedoch zu weit geht.

[3]) Zu § 305 Staub Anm. 16; Goldmann II 1 b; Ring Nr. 5.

[4]) Zu § 305 Staub Anm. 14; Makower I f 3; Ring Nr. 4; Rehm § 118 II; Dorst 231/32; Alexander-Dyhrenfurt 126; irrig Pinner § 305 II 2: „Die aufnehmende Gesellschaft „muß" ihr Kapital erhöhen."

soviel eigene Aktien zur freien Verfügung hat oder sich verschaffen kann, um den mitübernommenen Aktionären der Uebertragerin ihre Aktien zu gewähren.

Laut § 226 soll zwar die Gesellschaft eigene Aktien im regelmäßigen Geschäftsbetriebe nicht erwerben. Jedoch ist der Erwerb des Vermögens einer Gesellschaft „im Ganzen" ein so selten vorkommendes Ereignis, daß ein Erwerb von Aktien anläßlich eines so außergewöhnlichen Vorganges unbedenklich als zulässig angesehen werden kann.

Falls die übernehmende Gesellschaft eigene Aktien in der erforderlichen Höhe besitzt, so entfällt natürlich die Anwendbarkeit der Abs. 1 und 2 des § 305; in Frage kommen dann nur noch die Bestimmungen des § 305 Abs. 3 und § 306 [5])

Inwieweit sich die Vorgänge bei der Fusion ändern, je nachdem anläßlich der Verschmelzung eine Kapitalserhöhung vorgenommen wird oder nicht, das wird an den fraglichen Punkten hervorgehoben werden. Ausgehen werden wir im Folgenden stets von dem Regelfalle bei einer Fusion: Kapitalserhöhung auf seiten der Uebernehmerin. Das geltende Recht setzt die Kapitalserhöhung bei einer Fusion als so selbstverständlich voraus, daß es nur dieses Falles im § 305 gedenkt.

4) Im Vorvertrag hat sich die übernehmende Gesellschaft verpflichtet, ihre eigenen Aktien den Aktionären der übertragenden Gesellschaft zu gewähren. Zur Beschaffung dieses Aktienbetrages muß die Uebernehmerin gegebenenfalls ihr Grundkapital erhöhen. Im allgemeinen vollzieht sich diese Erhöhung nach den gewöhnlichen Bestimmungen. Jedoch trifft § 305 für die Grundkapitalserhöhung, die von der übernehmenden Gesellschaft anläßlich der Fusion vorgenommen wird, Erleichterungen, auf die unten näher einzugehen ist.

5) Erforderlich ist vor allem ein Generalversammlungsbeschluß, für den die Bestimmungen des § 275 in Verbindung mit § 251 Abs. 1 und § 278 Abs. 2 maßgebend sind. Denn der Beschluß auf Kapitalserhöhung stellt stets eine Statutenänderung dar, was das Gesetz auch äußerlich dadurch zum Aus-

[5]) Zu § 305 Makower I f 3; Ring Nr. 4.

druck gebracht hat, daß es die §§ 278 ff. im vierten Titel unter „Abänderungen des Gesellschaftsvertrages eingereiht hat." [6])

Diese Abänderungsvorschriften sind nach § 274 Abs. 1 Satz 1, — „kann nur" —, zwingender Natur. Der Kapitalserhöhungsbeschluß muß also den Erfordernissen des § 275 Abs. 1 genügen, falls nicht das Statut ein anderes bestimmt. Im Gegensatz aber zu den Vorschriften über den Fusionsbeschluß der übertragenden Gesellschaft (Seite 34) kann die Satzung hier auch leichtere, nicht nur schwerere Erfordernisse aufstellen. [7])

Für die Berufung der Generalversammlung sind wiederum die allgemeinen, schon gelegentlich der Erörterung des Fusionsbeschlusses gestreiften Bestimmungen maßgebend (s. Seite 31 ff.).

6) Mangels abweichender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages bedarf der Kapitalserhöhungsbeschluß auch einer qualifizierten Mehrheit; aber auch hier müssen außerdem die für die Erhöhung Stimmenden die einfache Mehrheit gegenüber den Ablehnenden haben. Die Erfordernisse sind hier also die gleichen wie beim Fusionsbeschluß; und es kann daher bezügl. der notwendigen Feststellungen und Berechnungen usw. auf die Ausführungen Seite 35 verwiesen werden.

Sollte aber die Satzung allgemeine Vorschriften über die Beschlußfassung bei Aenderung der Satzung aufstellen, so sind diese besonderen Vorschriften auch für den Kapitalserhöhungsbeschluß, der ja nach den obigen Darlegungen als Statutenänderung angesehen wird, maßgebend. [8])

---

[6]) Zu § 278 Makower I a; Ring Nr. 2; Pinner II 1; Goldmann § 305 Ziff. 7; vgl. auch Lehmann Lehrbuch § 90 Nr. 2 und daselbst Anm. 2—4; vgl. RGSt 30, 355. Nach bisherigem Recht war die Frage streitig; s. z. B. Hergenhahn zu Art. 215 a; Staub zu Art. 215 a und dort auch die Literatur. Für den Kap.-Erhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft enthielt das Allg. DHGB keine Sonderbestimmungen.

[7]) so zu § 278 Ring Nr. 7; Pinner II 1; Makower VIII a mit § 275 I b 1.

[8]) Zu § 278 Makower VIII a; Ring Nr. 7; a. M. Esser § 278 Anm. 4; vgl. auch Küfner 30. In gleichem Sinne wie Makower und Ring auch Staub § 278 Anm. 10.

Sind mehrere Gattungen von Aktien mit verschiedener Berechtigung vorhanden, so bedarf es neben dem Beschlusse der Generalversammlung eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung. Auf diese Sonderbeschlußfassungen finden auch die Vorschriften des § 275 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 Anwendung (§ 278 Abs. 2). Eine gesonderte Abstimmung, welche naturgemäß in der gleichen Generalversammlung vorgenommen wird, muß auch dann erfolgen, wenn die Vorrechte der bevorzugten Aktionäre durch die Kapitalserhöhung gänzlich unberührt bleiben.[9])

7) Inhalt des Beschlusses. Vor allem muß der Erhöhungsbeschluß angeben, um welchen Betrag das Grundkapital erhöht werden soll.[10])

α) Die bestrittene Frage, ob es genügt, wenn die Generalversammlung nur einen Höchstbetrag festsetzt, im übrigen es aber Vorstand oder Aufsichtsrat überläßt, zu bestimmen, zu welchem Kurs die neuen Aktien zu emittieren sind, braucht bei dem Kapitalserhöhungsbeschluß, welcher anläßlich der Fusion gefaßt ist, garnicht angeschnitten zu werden. Denn in diesem Fall handelt es sich ja um Uebernahme eines ganzen Vermögens mit ganz bestimmtem Wert, der in dem unter Vorbehalt geschlossenen Vertrag festgelegt wird. Die Gegenleistung muß diesen Wert erreichen. Der Kapitalserhöhungsbeschluß zur Schaffung der zu gewährenden Aktien muß daher gleich festsetzen, zu welchem Kurse die neuen Aktien ausgegeben werden sollen. Denn sonst ist gar keine Gewißheit vorhanden, daß der angesetzte Gegenwert auch wirklich erreicht wird. Es genügt hier also nicht, nur einen Höchstbetrag festzusetzen und das übrige den Organen zu überlassen; diese dürfen bei dem Kapitalserhöhungsbeschluß anläßlich der Fusion nur nach fester Anweisung handeln. Alle Einzelheiten regelt der Beschluß.

[9]) s. zu § 278 Makower VIII b; Litthauer-Mosse Nr. 5; Ring Nr. 7. Die Frage war früher streitig, infolge der nicht strikten Fassung der Artt. 215 a und 215 Abs. 6; vgl. auch ROHG 25, 267 ff. Heute ganz unzweifelhaft.

[10]) vgl. Lehmann Lehrbuch § 90 Nr. 2 a α.

β) Insbesondere muß er auch das Umtauschverhältnis festlegen, d. h. bestimmen, wieviel Aktien der Uebernehmerin auf solche der übertragenden Gesellschaft kommen sollen. Er muß bestimmen, wie schon oben gesagt wurde, zu welchem Kurs die neuen Aktien auszugeben sind; eine Unterpariemission ist auch hier unzulässig.

Als Betrag, um welchen das Grundkapital zu erhöhen ist, hat die Generalversammlung der Uebernehmerin den Betrag zu bestimmen, welcher dem festgesetzten Wert des zu übernehmenden Vermögens entspricht.

γ) Würden die zu gewährenden Aktien zu einem höheren als dem Nennwert angesetzt und so auch verrechnet, so müßte an sich, da dies eine, wenn auch verschleierte Ueberpariemission darstellt, der Kapitalserhöhungsbeschluß auch den Mindestbetrag festsetzen, unter dem die Ausgabe nicht erfolgen soll (§ 278 Abs. 3); eine Unterpariemission, d. h. hier übertragen, eine Anrechnung der zu gewährenden Aktien unter ihrem Nennwert, ist, wie schon oben hervorgehoben wurde, unzulässig. Im Falle der Fusion kann aber von der sonst bei Erhöhungsbeschlüssen erforderlichen Festsetzung des Mindestemissionskurses abgesehen werden, da ja bei der Fusion, wie immer wieder betont sein mag, der Kapitalserhöhungsbeschluß die näheren Modalitäten, also auch einen ganz bestimmten Kurs, festsetzen muß,[11]) damit ein, dem Wert des übertragenen Vermögens entsprechender Betrag herauskommt, der dann in Aktien als Gegenleistung den Mitgliedern der übertragenden Gesellschaft ausgehändigt wird.

δ) Einer besonderen Festsetzung, daß die neue Aktien Inhaber- oder Namensaktien sein sollen, bedarf es wohl kaum, da naturgemäß die neuen den alten Aktien in ihrem Wesen folgen.

ε) Wenn die aufnehmende Gesellschaft schon Aktien der Uebertragerin besitzt, was garnicht selten ist, so kann schon im Fusionsvertrag vereinbart werden, daß die Uebernehmerin eine

[11]) so Lehmann 536 Anm. 4 und eingehend Küfner 31; Cosack § 120 III 6 a erfordert die Angabe des Mindestemissionskurses, gedenkt dabei aber nicht besonders der Fusion. Vgl. auch Staub § 305 Anm. 13.

Erhöhung des Grundkapitals nur um den Betrag vornimmt, der zur Abfindung der anderen Aktionäre erforderlich ist; die übernehmende Gesellschaft bleibt also selbst als Aktionärin der Uebertragerin unberücksichtigt.[12])

ζ) Falls das Grundkapital nur um so viel erhöht wird, als zum Erwerb des Gesamtvermögens der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist, so besteht die Einlage, wie aus der Natur der Sache hervorgeht, stets in einer Sacheinlage, nämlich nur in dem ganzen Vermögen der übertragenden Gesellschaft.[13]) Es müssen daher bei Fassung des Erhöhungsbeschlusses stets die erschwerenden Bestimmungen des § 279 Anwendung finden, d. h. im Beschluß über Erhöhung des Grundkapitals müssen der Gegenstand der Einlage oder der Uebernahme, die Person — hier eine Gesellschaft —, von welcher die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Betrag der für die Einlage zu gewährenden Aktien festgesetzt werden.[14]) Ohne diese erforderten Festsetzungen ist ein solches Abkommen, bei dem auf das erhöhte Grundkapital Sacheinlagen gemacht werden, nach § 279 Abs. 2 der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

η) Da bei der Uebernahme des Vermögens im Ganzen die aufnehmende Gesellschaft eventl. vorhandene Anlagen mit übernimmt, die dauernd zum weiteren Geschäftsbetrieb bestimmt sind, so kommen unter Umständen auch die Vorschriften über die sogen. Nachgründungen, §§ 207 und 208, in Frage.

ϑ) Der Kapitalserhöhungsbeschluß als solcher hat nur zum Inhalt, daß das Grundkapital um den Betrag, der dem

---

[12]) Staub § 305 Anm. 6. Eventl. ergeben sich Schwierigkeiten dadurch, daß die übernehmende Gesellschaft, soweit sie Aktien der übertragenden besitzt, bei dem von dieser zu fassenden Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im Wege der Fusion kein Stimmrecht hat.

[13]) Rehm § 118 III; Makower § 305 III b 2; Staub § 305 Anm. 13. Da es sich hier „stets" um Sacheinlagen handelt, so kann von einer Erörterung der Streitfrage, was unter Barzahlung zu verstehen ist, abgesehen werden.

[14]) Aus diesem letzten Erfordernis ergibt sich auch schon, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß genau den Betrag der Aktien angeben muß, falls es sich um Fusion handelt, und sich nicht damit begnügen kann, einen Höchstbetrag bezw. Mindestemissionskurs festzusetzen.

Werte des Vermögens der übertragenden Gesellschaft entspricht, erhöht werden soll und für diesen Betrag die erforderliche Zahl von Aktien neu geschaffen werden soll. Der Beschluß wird, wie wir unten sehen werden, erst mit der Eintragung wirksam. Er setzt im Falle der Fusion immer stillschweigend voraus, daß die Generalversammlung der Uebertragerin beschließt, ihr ganzes Vermögen im Wege der Fusion an die andere Gesellschaft zu übertragen. Denn nur unter der Voraussetzung, daß dieses Vermögen als Sacheinlage eingebracht wird, faßt die Uebernehmerin den Erhöhungsbeschluß. Ist diese Voraussetzung aber gegeben, so tritt mit der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses die Bindung der Uebernehmerin an den Fusionsvertrag ein. Mit der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses ist das Versprechen der Uebertragerin, ihr ganzes Vermögen der Uebernehmerin auszuantworten, rechtsverbindlich angenommen und andrerseits gleichzeitig die Verpflichtung übernommen worden, als Gegenleistung Aktien zu gewähren.

Ob mit dem Wirksamwerden des Kapitalserhöhungsbeschlusses auch die Fusion perfekt ist, wird erst unten erörtert.

8) Für die Durchführung der Kapitalserhöhung, welche anläßlich einer Fusion vorgenommen wird, trifft § 305 wesentliche Erleichterungen.

α) Soll das Grundkapital nicht nur erhöht werden um den Aktienbetrag, der an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auszuhändigen ist, sondern noch um einen weiteren, mit der Fusion in gar keiner Beziehung stehenden Aktienbetrag, so werden die Vergünstigungen des § 305 nur der Erhöhung des Grundkapitals um den ersteren Aktienbetrag zu teil.[25])

β) Der wirksame Kapitalserhöhungsbeschluß enthält einen Auftrag an die Organe der Gesellschaft, den Beschluß durchzuführen, aber nur streng nach fester Anweisung und im engen Rahmen des Beschlusses.

γ) Außer Anwendung bleibt bei der Kapitalserhöhung anläßlich einer Fusion die Vorschrift des § 278 Abs. 1. Es

[25]) so Makower § 305 III b.

darf eine Erhöhung des Grundkapitals in diesem Falle auch vorgenommen werden, wenn das bisherige Grundkapital auch noch nicht voll eingezahlt ist, immer natürlich nur insoweit, als die neuen Aktien die Gegenleistung für das im Ganzen übertragene Vermögen darstellen sollen.

δ) Nicht erforderlich ist bei der in Rede stehenden Grundkapitalserhöhung eine Zeichnung der neuen Aktien. Die Zahl und die Persönlichkeiten der neuen Aktionäre sind ja fest bestimmt, es sind die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft. § 281 bleibt gänzlich außer Anwendung.

ε) Aus dem gleichen Grunde sind auch die Bestimmungen der §§ 282, 283 Abs. 1 außer Kraft gesetzt. Ein gesetzliches Bezugsrecht haben bei der Fusion nicht die Aktionäre der übernehmenden, sondern der übertragenden Gesellschaft.[10]) Die Abfindung der Mitglieder der Uebertragerin ist ja ein wesentliches Moment des Fusionsbegriffes.

ζ) Die weiteren erleichternden Vorschriften des § 305 beziehen sich auf die Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses und werden unten im Anschluß an die Erörterung über Anmeldung des Beschlusses behandelt werden.

9) Beurkundung. Wie jeder Generalversammlungsbeschluß, bedarf auch der Erhöhungsbeschluß gemäß § 259 zu seiner Gültigkeit der Beurkundung durch ein über die Verhandlung gerichtlich oder notariell aufgenommenes Protokoll. Ueber den Inhalt und die Abfassung dieses Protokolls gilt das im § 10 Nr. 9 Gesagte.

10) Anmeldung und Eintragung.

α) des Kapitalserhöhungsbeschlusses.

Laut § 280 Abs. 1 ist dieser Beschluß von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates zur Eintragung

[10]) vgl. u. a. Cosack § 120 III 7; Lehmann 536 Anm. 4. Zuzustimmen ist Ring § 305 Nr. 7, wenn er ausführt, daß § 305 überflüssigerweise nochmals die §§ 282, 283 Abs. 1 ausnehme, da dies schon daraus folge, daß der Erhöhungsbeschluß nach § 279, weil es sich bei der Fusion um Sacheinlagen handelt, über die Gewährung der Aktien verfügen muß und sich das gesetzliche Bezugsrecht nach § 282 Abs. 1 damit erledige.

in das Handelsregister anzumelden. Jedoch kann die Anmeldung bis zu jener der durchgeführten Erhöhung verschoben werden und dann gleichzeitig mit deren Anmeldung erfolgen. (§ 285.)

Dagegen braucht bei der Anmeldung nicht die Versicherung abgegeben zu werden, daß das bisherige Grundkapital eingezahlt ist. Es ist ja im Hinblick auf eine Fusion die Erhöhung des Grundkapitals auch zulässig, wenn das bisherige Kapital noch nicht voll eingezahlt ist. § 305 Abs. 1 nimmt folgerichtig neben dem § 278 Abs. 1 auch den § 280 Abs. 2 aus.

Erst mit der erfolgten Eintragung wird der Erhöhungsbeschluß wirksam; erst in diesem Augenblick tritt die Bindung der Uebernehmerin an den Fusionsvertrag ein. Denn der Erhöhungsbeschluß stellt nach unseren früheren Ausführungen einen Statutenänderungsbeschluß dar, welcher aber gemäß § 277 Abs. 3 keine Wirkung hat, bevor er nicht bei dem Gericht des Sitzes der Gesellschaft ins Handelsregister eingetragen ist.

Die Anmeldung bei diesem Gericht kann, da § 319 Abs. 2 den § 277 Abs. 1 ausdrücklich ausnimmt, durch Ordnungsstrafen nicht erzwungen werden, wohl aber vom Gericht der Zweigniederlassung gemäß § 13, wenn die Eintragung im Register des Sitzes stattgefunden hat.[17]) Jedoch braucht der Beschluß zum Register der Zweigniederlassung nicht von sämtlichen Vorstandsmitgliedern angemeldet zu werden, sondern vom Vorstand nur in der Besetzung, in welcher derselbe zur rechtsverbindlichen Abgabe von Willenserklärungen befugt ist. Auch brauchen hier der Anmeldung kein Vertrag oder sonstige Urkunden beigefügt zu werden. (§ 286.)

β) der durchgeführten Kapitalserhöhung.

Auch diese ist gemäß § 284 Abs. 1 anzumelden von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Mit dieser Anmeldung kann die des Erhöhungsbeschlusses verbunden werden. (§ 285.) Bezüglich der Erzwingbarkeit der Anmeldung zum Register des Sitzes — § 319 Abs. 2 nimmt neben § 284 Abs. 1 nochmals besonders § 305 Abs. 2 aus —

[17]) so Ring § 305 Nr. 6.

und der Zweigniederlassungen, sowie hinsichtlich der Besonderheiten bei Anmeldungen zum Register der Zweigniederlassungen können wir auf das oben Gesagte (Seite 52) Bezug nehmen.

Erst mit der Eintragung der erfolgten Erhöhung ist das Grundkapital geändert, von nun ab erst die Erhöhung rechtlich vorhanden. Der Erhöhungsbeschluß als solcher läßt nicht das Grundkapital sich von selbst erhöhen. Bilanzmäßig erhöht ist das Kapital erst mit der Eintragung der durchgeführten Erhöhung; von diesem Augenblick ab darf auch erst die Ausgabe der neuen Aktien erfolgen. (§ 287.)[18])

11) Die der Anmeldung beizufügenden Urkunden:

α) Wir sahen, daß bei einer Kapitalserhöhung anläßlich einer Fusion die Zeichnung der neuen Aktien nicht erforderlich ist. Mit dem § 281 hat § 305 Abs. 1 auch die Vorschrift des § 284 Abs. 2 Nr. 1 außer Anwendung gesetzt; es wäre ja auch garnicht möglich gewesen, der Anmeldung die Duplikate der Zeichnungsscheine beizufügen, weil solche nicht vorhanden sind. Es ist aber auch Abs. 3 des § 284 und damit auch § 195 Abs. 3 außer Kraft gesetzt. Letzterer fordert nämlich, daß bei der Anmeldung die Erklärung abzugeben sei, daß auf jede Aktie der eingeforderte Betrag oder mindestens ¼ des Nennbetrages der Aktien als Anzahlung bar eingezahlt und im Besitz des Vorstandes sei, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen bedungen seien. Aus dieser Einschränkung geht hervor, daß die angeführten Bestimmungen nicht Platz greifen sollen, wenn Sacheinlagen gemacht werden. Da es sich aber bei der Fusion stets um Sacheinlagen handelt, so ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 195 Abs. 3 von selbst. Es braucht also bei dem in Frage stehenden Falle weder die Einzahlung noch die Anzahlung auf das erhöhte Kapital nachgewiesen zu werden; auch fällt die Erklärung fort, zu welchem Kurs die Aktien ausgegeben sind.[19])

---

[18]) vgl. Lehmann Lehrbuch § 90 Nr. 2 b. Auch Ring § 278 Nr. 2; Rehm § 118 III D; a. M. zu § 278 Makower 1 b, Pinner § 284 Anm. II.

[19]) D 180; Staub § 305 Anm. 16 und 17; Ring § 305 Nr. 7; vgl. auch Makower § 305 III e 2.

Staub a. a. O. führt hierzu aus, daß § 195 Abs. 3 außer Anwendung gesetzt sei, beruhe wohl auf einem Versehen. Es wäre empfehlenswert, daß diese Angaben wie bei jeder anderen Kapitalserhöhung erfolgten. Warum denn eigentlich? Hier wird doch ein ganzes Vermögen eingebracht, damit erübrigt sich vollauf die Erklärung, daß die Einzahlung bezw. Anzahlung auf das erhöhte Kapital erfolgt sei.

β) Dagegen ist gemäß § 305 Abs. 2 der Anmeldung der erfolgten Erhöhung der von der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Ur- oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

Auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 305 Abs. 2 hätte sich die Beifügung des Fusionsvertrages aus der Bestimmung des § 284 Abs. 2 Nr. 2 ergeben.

Beizufügen ist der „genehmigte" Fusionsvertrag, d. h. der Vertrag, dem die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft zugestimmt hat. Diese Forderung ergibt sich, wenn man den Zweck der Vorschrift erkennt. Es soll dem Registerrichter, welcher die durchgeführte Erhöhung eintragen soll, ermöglicht werden, zu prüfen, ob auch die übertragende Gesellschaft rechtswirksam an den Vertrag gebunden ist. Daraus folgt, daß nicht nur der Wortlaut des Fusionsvertrages, denn der beweist garnichts, sondern auch der Zustimmungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft bei der Anmeldung einzureichen ist. Es ist demnach das in der fraglichen Generalversammlung der Uebertragerin aufgenommene Protokoll, in welchem sich der in Rede stehende Beschluß aufgezeichnet findet, in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.[20])

Bei der „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" muß außerdem nachgewiesen werden, wie sinngemäß zu folgern ist, obwohl eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung darüber fehlt, daß die übertragende Gesellschaft auch der Vereinbarung der Liquidationsausschließung zugestimmt hat und daß dieser zu-

[20]) Zu § 305 Goldmann Ziff. 7; Ring Nr. 7; Makower III e 3; Staub Anm. 18.

stimmende Beschluß auch eingetragen ist,[21]) denn ohne diese Eintragung ist er nicht rechtswirksam.

γ) Das Gesetz stellt frei, den Vertrag in Ur- oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Ihn in Urschrift einzureichen, wird kaum möglich sein. Der Vertrag sowohl als auch das die fraglichen Zustimmungsbeschlüsse enthaltende Protokoll bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die Urschriften verbleiben demnach in Händen des Gerichts oder des Notars. Regelmäßig werden also die öffentlich beglaubigten Abschriften eingereicht werden müssen.

Daß die Uebertragung des gesamten Vermögens nun tatsächlich erfolgt ist, braucht nicht nachgewiesen zu werden, ebenso wenig wie das geltende Recht eine Bestimmung etwa dahin trifft, daß die versprochenen Sacheinlagen bereits geleistet sein müssen, bevor die erfolgte Kapitalserhöhung eingetragen werden dürfe.

δ) Weiterhin braucht in der Anmeldung nicht angegeben zu werden, wieviel das gesamte Grundkapital nach der Erhöhung ausmacht. Durch die Eintragung der erfolgten Erhöhung wird die Stelle der Statuten, an der das bisherige Grundkapital ziffernmäßig angegeben war, von selbst geändert. Wieviel es nach der Erhöhung ausmacht, kann jeder berechnen. Immerhin würde es aus Gründen der besseren Uebersicht doch wohl zweckmäßig sein, an der fraglichen Stelle der Satzung die neue Ziffer einzusetzen. Diese Aenderung bezieht sich nur auf die Fassung einer Bestimmung der Satzung; die Generalversammlung kann demnach, gemäß § 274 Abs. 1 Satz 2, durch Beschluß den Aufsichtsrat betrauen, die zur Vornahme einer solchen Aenderung erforderlichen Schritte zu tun.[22])

ε) Dagegen sind noch eine Berechnung der für die Gesellschaft durch die Ausgabe der neuen Aktien entstehenden Kosten und, falls die Erhöhung des Grundkapitals mit Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf sowie in den Fällen des § 180 Abs. 2, die

---

[21]) so zu § 306 Goldmann Ziff. 5, Makower III b 1; Staub Anm. 10; Ring Nr. 5; vgl. auch unten Seite 98 ff.

[22]) Zu § 305 Goldmann Ziff. 9; Staub Anm. 18.

Genehmigungsurkunde der Anmeldung beizufügen. (§ 284 Abs. 2 Nr. 3 und 4.)

ζ) Wissentlich falsche Angaben zwecks Eintragung sind im § 313 ausdrücklich unter Strafe gestellt; im vorliegenden Falle würde vor allem § 313 Nr. 3 in Frage kommen.

12) Veröffentlichung. Im allgemeinen gilt das Seite 42 Gesagte. Hier ist nur gemäß § 284 Abs. 5 gleichzeitig auch der Betrag zu veröffentlichen, zu welchem die Aktien ausgegeben werden. Auch hat nach § 286 Satz 2 das Gericht der Zweigniederlassung in seiner Veröffentlichung diesen Betrag mit aufzunehmen.

13) Umtausch der Aktien. Erst nachdem die durchgeführte Erhöhung des Grundkapitals eingetragen ist, dürfen die neugeschaffenen Aktienwerte ausgegeben werden. Es kann die Aushändigung der Aktien entweder an die übertragende Gesellschaft, an dritte Personen oder an die Aktionäre direkt bedungen sein. Darüber trifft der Fusionsvertrag, der auch das Umtauschverhältnis der neuen Aktien der Uebernehmerin zu jenen der übertragenden Gesellschaft festlegen „muß“,[23]) nähere Bestimmungen.

Sollen durch den Vertrag die Aktionäre sofort einen Anspruch auf Aushändigung der Aktien erwerben, so liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor. Die übertragende Gesellschaft als Kontrahentin hat nämlich dann in dem Fusionsvertrag die Leistung der Aktien nicht an sich, sondern an die Aktionäre bedungen, also an dritte Personen, regelmäßig wohl mit der Wirkung, daß die dritten Personen, — hier die Aktionäre —, unmittelbar das Recht auf Leistung der Aktien erwerben. In einem solchen Falle kann sowohl der Aktionär der übertragenden Gesellschaft als auch diese selbst die Gegenleistung im Wege der Klage fordern. (§§ 328, 335 BGB.)[24])

Eine Vereinbarung, die neuen Aktien der übertragenden Gesellschaft selbst auszuhändigen, ist im Falle des § 306 unausführbar. Die Aktien können erst nach Eintragung der erfolgten Erhöhung ausgegeben werden; diese Eintragung aber

[23]) OLG Dresden in DJZ 98, 390 ff.
[24]) Zu § 303 Goldmann Ziff. 10; Ring Nr. 3; Staub Anm. 3.

wird nur vorgenommen, wenn die übertragende Gesellschaft der Fusion zugestimmt hat. Der Beschluß auf Uebertragung hat aber die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Im Falle des § 306 lebt die Gesellschaft nicht im Liquidationsstadium weiter. An wen soll nun, falls obige Vereinbarung getroffen ist, die Aushändigung der Aktien erfolgen? Bei der „Fusion ohne sofortige Verschmelzung" würden die Aktien bei einer gleichen Vereinbarung der Gesellschaft „in Liquidation" übergeben werden. Im Falle des § 306 ist dies unmöglich, da die übertragende Gesellschaft z. Zt. der Ausreichung der Aktien gar nicht mehr existiert. Es muß daher in diesem Falle im Zweifel die Leistung an die Aktionäre unmittelbar als gewollt angesehen werden.[25])

13) Zwangsumtausch der Aktienurkunden. Auf denselben finden nach ausdrücklicher Vorschrift des § 305 Abs. 3 die Bestimmungen des § 290 Anwendung.

α) Dieses Zwangsverfahren folgt unmittelbar aus dem Gesetz, es braucht im Vertrag also nicht ausdrücklich vorbehalten zu werden.[26])

Die D 180 rechtfertigt die Anwendbarkeit dieser Zwangsmaßregeln, indem sie ausführt, daß, ebenso wie bei einer Zusammenlegung von Aktien im Falle der Herabsetzung des Grundkapitals, auch hier der Umtausch unter Umständen undurchführbar sein würde, wenn die übernehmende Gesellschaft nicht die Befugnis erhielte, einzelne Aktien der aufgelösten Gesellschaft, die nicht eingereicht oder zur Verfügung gestellt werden, für kraftlos zu erklären und die an ihrer Stelle tretenden neuen Aktien für Rechnung der Beteiligten zu verwerten.

β) Es tritt nicht notwendig Umtausch der Aktien ein, es kann auch ein anderes Verfahren, z. B. Stempelung der Aktien, Anwendung finden. Weiterhin ist § 305 Abs. 3 und damit die angezogene Bestimmung des § 290 nicht nur anwendbar

[25]) so Ring § 305 Nr. 4; Makower § 305 I f 2.
[26]) Zu § 305 Ring Nr. 8; Makower IV.

bei Verminderung der Zahl der Aktien, d. h. nicht nur, wenn den Aktionären der übertragenden Gesellschaft für ihre Aktien weniger Aktien der Uebernehmerin gewährt werden, sondern auch dann, wenn eine größere Zahl von Aktien gewährt werden würde.[27])

γ) Grundsätzlich steht das Recht auf Anwendung der Zwangsmaßregeln der übertragenden Gesellschaft zu, sicher dann, wenn vereinbart ist, die zu gewährenden Aktien an die übertragende Gesellschaft selbst zu leisten. Eine gegenteilige Bestimmung geht aus dem Gesetz nicht hervor. Die D 180 setzt zwar voraus, daß der Uebernehmerin das Zwangsrecht zustehe. Dieser steht es zweifellos im Falle des § 306 zu, da hier die übertragende Gesellschaft bereits untergegangen ist. Ist vereinbart worden, die Aktienurkunden der Uebernehmerin unmittelbar an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft auszuhändigen, so ist das Recht auf Ausübung des Wahlrechts beiden Gesellschaften zuzubilligen, welche sich gegebenenfalls darüber verständigen müssen, wer es ausübt.[28])

δ) Voraussetzung zur Anwendbarkeit des § 290 ist, daß trotz erfolgter Aufforderung die zwecks Umtausch eingeforderten Aktien nicht eingereicht werden. Diese Aufforderung muß den Bestimmungen des § 290 Abs. 2 entsprechen (s. unten).

Die Zwangsmaßregeln sind aber auch dann anwendbar, wenn zwar die Mitgliedscheine eingereicht sind, jedoch nicht in der zum Ersatz durch neue Aktien erforderlichen Zahl, ohne daß diese sogen. Spitzen zwecks Verwertung für Rechnung der Beteiligten der Gesellschaft zur Verfügung gestellt sind. (§ 290 Abs. 1 Satz 2.)

Das Gleiche gilt für den Fall, daß von den eingereichten Aktien eine oder mehrere Aktien „übrig" bleiben, sodaß ein Umtausch nicht möglich ist, und daß der Aktionär es unterlassen

[27]) Zu § 305 Ring Nr. 8; Makower IV.

[28]) so Ring und Makower a. a. O; auch Staub § 305 Anm. 10. Praktisch würde es in allen diesen Fällen sein, das Recht auf Ausübung des Zwangsrechts der Uebernehmerin zu überlassen, da diese ja die Aktien ausreicht.

hat, diese Spitzen zur freien Verfügung der Gesellschaft zu stellen zwecks Verwertung für seine Rechnung.[29])

ε) Was das Verfahren zur Kraftloserklärung anbelangt, so muß vor allem eine Aufforderung zur Einreichung der Aktien ergehen. Sie muß dreimal in den Gesellschaftsblättern, einmal im „Deutschen Reichsanzeiger", bekannt gemacht werden. Die erste Bekanntmachung muß mindestens drei Monate, die letzte mindestens einen Monat vor dem Ablauf der für die Einreichung gesetzten Nachfrist erfolgen. (§ 219 Abs. 2 und 182 Abs. 3.)[30])

Falls die Anteilsrechte nach den §§ 180 Abs. 3, 212 nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind, genügt auch der Erlaß einer nicht öffentlichen Aufforderung an die säumigen Aktionäre unter Setzung einer Nachfrist von mindestens einem Monat seit Empfang der Aufforderung.

Die Aufforderung muß die Androhung der Kraftloserklärung enthalten. Nicht aber ist die Gesellschaft nach Erlaß einer solchen Aufforderung nun gezwungen, die in Frage kommenden Aktien für kraftlos zu erklären; darin hat sie freien Willen.

Die Kraftloserklärung wird abgegeben durch die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen. Sie ist in den Gesellschaftsblättern bekannt zu geben. (§ 290 Abs. 2.) Mit der Kraftloserklärung erlischt auch der Anspruch aus den noch nicht fälligen Gewinnanteilscheinen. (§ 228 Abs. 2.)

ζ) An Stelle der für kraftlos erklärten Aktien sind Ersatzaktien zu schaffen. Diese sind für Rechnung der Beteiligten

---

[29]) Beispiele: Auf 2 Aktien der übertrag. Gesellschaft soll 1 Aktie der Uebernehmerin gewährt werden. Nun reicht ein Aktionär nur eine Aktie ein, ohne dieselbe zur freien Verfügung für seine Rechnung zu stellen; oder jemand reicht 7 Aktien ein; dann erhält er 3 neue Aktien, die übrig bleibende Aktie hat er gleichfalls nicht der Gesellschaft unter den bestimmten Bedingungen zur freien Verfügung gestellt. In beiden Fällen ist bezügl. der überschießenden Aktie § 290 anzuwenden. Früher hielt man eine Herabsetzung nur für gültig, wenn sie dem Aktionär die weitere Beteiligung ohne Zuerwerb von Aktien gestattet; vgl. Ring AG 690 ff; dagegen schon RG 36, 134 ff.; 37, 131 ff.

[30]) Für Berechnung dieser Frist sind die §§ 187, 188 BGB maßgebend.

durch die Gesellschaft zum Börsenpreis oder, mangels eines solchen, durch öffentliche Versteigerung zu verkaufen.

Der Erlös ist grundsätzlich jedem Berechtigten auszuzahlen; auf diesen Erlös haben die Aktionäre einen klagbaren Anspruch. Wenn jedoch die Voraussetzungen zur Hinterlegung gegeben sind, d. h. wenn der Gläubiger, — hier der Aktionär — im Verzug der Annahme ist oder die Gesellschaft als Schuldnerin aus einem anderen, in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers ihre Verbindlichkeiten nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann, so ist der Erlös zu hinterlegen. (§§ 372 BGB und § 290 Abs. 3 Satz 2 HGB.) Die Hinterlegung ist in einem solchen Falle Pflicht der Gesellschaft, die sie beim Vorliegen der oben angeführten Voraussetzungen erfüllen muß, nicht nur erfüllen kann.

Andere Maßnahmen, als die im § 290 angeführten, darf die Gesellschaft nicht treffen. Ein Beschluß, der im Falle der Nichteinreichung der Aktien die Entziehung des Aktienrechts usw. androht, verletzt das Sonderrecht der Aktionäre; die Androhung mit unzulässigen Maßnahmen bleibt einfach unberücksichtigt. Hinsichtlich der übrigen Bestimmungen würde der Beschluß gültig bleiben.[31])

IV. Die rechtlichen Verhältnisse und Wirkungen

a) bei der „Fusion ohne sofortige Verschmelzung" (§ 305).

§ 12.

aa) Rechtswirksamer Abschluß des Fusionsvertrages.

1) Nachdem wir in den letzten drei Kapiteln Fusionsvertrag, Fusionsbeschluß der Uebertragerin und Kapitalserhöhungsbeschluß der Uebernehmerin ohne weitere Berück-

[31]) vgl. dazu RG 37, 131; 38, 95 ff.; s. auch Lehmann Lehrbuch § 83 Nr. 1.

sichtigung der Beziehungen zueinander erörtert, ihr Wesen erforscht und vor allem festgestellt haben, was sie gültig und rechtswirksam macht, ist es jetzt unsere Aufgabe, die Frage des Zusammenhanges dieser drei Akte untereinander zu untersuchen und dabei festzustellen, in welchem Augenblick das erstrebte Ziel, die Fusion, glücklich erreicht ist.

2) Vergegenwärtigen wir uns kurz nochmals die drei Akte:

α) der Fusionsvertrag setzt die Modalitäten des Fusionsvorganges fest, bindet aber an sich nach keiner Richtung hin; er trägt vielmehr den Charakter von unverbindlichen Vorbesprechungen an sich.

β) Durch den Zustimmungsbeschluß tritt, wenn er den gesetzlichen Anforderungen genügt, die Bindung der übertragenden Gesellschaft an den Fusionsvertrag ein. Der Beschluß ist regelmäßig ohne Eintragung wirksam; diese ist zu seiner Wirksamkeit erforderlich, wenn er gleichzeitig eine Statutenänderung in sich schließt. Durch diesen Beschluß ist die Gesellschaft rechtswirksam verpflichtet, ihr ganzes Vermögen, eventl. unter Ausschluß der Liquidation, zu übertragen.

γ) Der Kapitalserhöhungsbeschluß. Hier muß geschieden werden. Begrifflich setzt die Fusion eine Kapitalserhöhung auf seiten der Uebernehmerin nicht voraus. Findet eine solche nicht statt, so kann an sich schon der Vorstand rechtsverbindlich den Ankauf eines ganzen Gesellschaftsvermögens abschließen. Eine Zustimmung der Generalversammlung ist nicht erforderlich; die Gesellschaft ist schon durch die Willenserklärung des Vorstandes rechtlich gebunden.

Anders liegt der Fall, wenn das Kapital anläßlich der Fusion erhöht wird. Hier tritt die Bindung für die Uebernehmerin mit Fassung und Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses ein, weil in dem Fusionsvertrage die Uebernehmerin sich zur Gewährung ihrer Aktien an die Mitglieder der übertragenden Gesellschaft verpflichtet hat, eine solche Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien der Gesellschaft gegenüber aber erst wirksam

wird durch Genehmigung der Generalversammlung. (§ 283 Abs. 2.) Dieser zustimmende Beschluß wird erst mit der Eintragung wirksam.

3) Wann ist die Fusion nun perfekt, die Verschmelzung eingetreten? Die Frage muß getrennt unter zwei Gesichtspunkten beantwortet werden, je nachdem aus Anlaß der Fusion eine Kapitalserhöhung von der Uebernehmerin vorgenommen worden ist oder nicht. Der erste Fall soll demnach lauten: Wann ist die Fusion vollendet, falls das

4) Grundkapital „nicht erhöht" wird?

Die Bindung der übertragenden Gesellschaft tritt mit Zustimmung ihrer Generalversammlung zu dem Fusionsvertrag ein. Der Beschluß bedarf nur, wenn er gleichzeitig eine Statutenänderung mit sich bringt, der Eintragung. Die Bindung der Uebernehmerin tritt in diesem Falle schon durch zustimmende Willenserklärung des Vorstandes oder des Aufsichtsrates ein. Mit Abgabe dieser Erklärung bezw. mit Zugehen derselben an die übertragende Gesellschaft ist die Fusion perfekt.

5) .... Grundkapital anläßlich der Fusion „erhöht" wird?

Hierüber herrscht Streit der Meinungen. Die einen lassen die Vollendung der Fusion eintreten mit Eintragung des Erhöhungsbeschlusses der übernehmenden Gesellschaft. Zu beachten ist, daß es sich um die Fusion im Sinne des § 305 handelt. Von diesem Augenblick an tritt nach jener Ansicht die Haftung der übernehmenden Gesellschaft für die Schulden der Uebertragerin ein; von jetzt an soll sich die Wirkung der erfolgten Verschmelzung auch in der Buchung der Uebernehmerin zeigen.[1]) Nach Ansicht dieser Partei fällt also Bindung der übernehmenden Gesellschaft und Vollendung der Verschmelzung zusammen.

Die Gegenseite läßt die Fusion erst später eintreten, wenn sie auch zugibt, daß die Gesellschaft schon durch den ein-

[1]) so Rehm § 118 IV A 2, der bezügl. § 306 aber eine andere Auffassung vertritt; Pinner § 305 II 2 d ε Makower § 305 III c; Lehmann 536 Anm. 1, der an dieser Stelle den Vergleich zieht mit Eintritt der Perfektion nach Allg. D. HGB; s. auch 537 eod.

getragenen Erhöhungsbeschluß an den Fusionsvertrag gebunden ist. Bei ihr fallen Bindung an den Vertrag und Vollendung der Verschmelzung auseinander. Nach Ansicht dieser Partei muß erst die Kapitalserhöhung durchgeführt, diese Tatsache eingetragen und vor allem die Aushändigung der Aktien der Uebernehmerin an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft erfolgt sein. Erst mit dieser Aushändigung der Aktien lassen sie die Vollendung der Fusion eintreten. Denn, so folgern sie, man müsse bei der übertragenden Gesellschaft zwei Substrate unterscheiden, das vermögensrechtliche und das persönlich-rechtliche. Ersteres gehe durch Uebertragung des Vermögens verloren, wenn die Aktionäre der übertragenden solche der übernehmenden Gesellschaft geworden seien, also in dem Augenblick der Aushändigung der Aktien. Den Verlust der beiden Substrate zu trennen, ginge nicht an, weil ja dann der Fall eintrete, daß eine Zeitlang die bisherigen Mitglieder der übertragenden, mittlerweile untergegangenen Gesellschaft bis zu ihrer Aufnahme in die übernehmende Gesellschaft sich plötzlich ihrer Aktionärseigenschaften beraubt sähen, da sie weder Mitglieder der alten noch Mitglieder der aufnehmenden Gesellschaft seien.[2])

Diese Gründe sind sehr beachtlich, doch u. E. nicht durchschlagend. Der Fusionsvertrag ist rechtswirksam abgeschlossen für die Uebertragerin durch den Fusionsbeschluß und vor allem für die Uebernehmerin durch Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses. Ein Schwebezustand, wie er bei Trennung des vermögens-rechtlichen von dem persönlich-rechtlichen Substrat für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft eintreten kann, ist zwar nicht wünschenswert, er bietet andrerseits aber auch keine Gefahr für irgend einen der Beteiligten. Selbst wenn die Fusion nicht zustande käme, könnte

[2]) so nach den Ausführungen Staubs § 305 Anm. 23 und § 306 Anm. 12; Ring bringt es im § 305 Nr. 7 nicht klar zum Ausdruck. Er wendet sich aber im § 306 Nr. 4 auch gegen eine Trennung des vermögens- und des persönlich-rechtlichen Substrats. Erst in dem Augenblick, in dem die Mitglieder der Uebertragerin solche der Uebernehmerin würden, ginge auch die Uebertragung des Vermögens vor sich.

die übertragende Gesellschaft sich auf Grund des § 307 wieder zurückbilden; ihre bisherigen Mitglieder würden wieder vollwertige Aktionäre mit allen früheren Rechten. Ihnen droht also in keiner Hinsicht irgend eine Gefahr.

§ 13.

bb) Die Auflösung der übertragenden Gesellschaft.

Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 303 Abs. 2 hat der Beschluß der Generalversammlung, durch welchen die Gesellschaft der Uebertragung des Vermögens im Ganzen zustimmt, die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.

Zur Begründung hebt die D 177 hervor, daß das Vermögen der Gesellschaft die notwendige Voraussetzung ihres Bestehens bilde; eine Fortdauer der Gesellschaft zum Zwecke der Ausnutzung der Gegenleistung des Uebernehmers könne nicht in Frage kommen.

Daher ist an die rechtswirksame Fassung des Uebertragungsbeschlusses als Folge die Auflösung der Gesellschaft geknüpft. Diese Folge tritt von Rechtswegen ein; ein besonderer Auflösungsbeschluß braucht daher nicht mehr gefaßt zu werden.[3])

Gleichgültig ist, ob der mit dem Beschluß verfolgte Zweck erreicht wird oder nicht. Im letzteren Falle ist aber eine Rückbildung nach den Bestimmungen des § 307 möglich. Um eine zwecklose Auflösung der Gesellschaft zu vermeiden, empfiehlt es sich, wie schon an früherer Stelle[2]) betont wurde, daß die Generalversammlung ihren Uebertragungsbeschluß bedingt oder betagt faßt, d. h. daß er erst in Wirksamkeit treten soll, wenn der Erhöhungsbeschluß der Uebernehmerin eingetragen ist, diese an den Fusionsvertrag gebunden ist.

Wird der Uebertragungsbeschluß erst gefaßt, als die übertragende Gesellschaft schon in Liquidation war,[1]) so hat er naturgemäß nicht eine zweite Auflösung zur Folge. Aus

[1]) vgl. D a. a. O.

[2]) s. Seite 31.

[3]) Ueber die Zulässigkeit s. Seite 23/24; sie geht ja auch schon aus § 303 Abs. 2 selbst hervor.

diesem Grunde hat der Gesetzgeber im § 303 Abs. 2 einschränkend hinzugefügt, „sofern diese nicht bereits aufgelöst war".

Wie jede andere, mit Ausnahme der durch den Konkurs veranlaßten, ist auch diese Auflösung durch den Vorstand zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Vorstand muß diese Anmeldung in der zur Abgabe rechtsverbindlicher Erklärungen erforderten Zusammensetzung vornehmen.[4]) Gleichzeitig sind gemäß § 296 die ersten Liquidatoren anzumelden. Die gleichen Anmeldungen sind bei den Registern der Zweigniederlassungen vorzunehmen. (§ 13.)

Da wir schon oben beim Kapitel „Fusionsbeschluß der übertragenden Gesellschaft" eingehend die Anmeldung und Eintragung erörtert haben (§ 10 Nr. 10), so können wir uns hier auf Hervorhebung der wichtigsten Punkte beschränken.

Ins Handelsregister ist nur die Tatsache einzutragen, daß die Gesellschaft aufgelöst ist; der Grund, welcher zur Auflösung führte, braucht nicht angegeben zu werden.[5])

Regelmäßig ist die Anmeldung durch Ordnungsstrafen gegen den Vorstand erzwingbar; nur nicht in dem Falle, wenn der die Auflösung im Gefolge habende Beschluß eine Statutenänderung in sich birgt, er also erst mit der Eintragung wirksam wird.[6])

Gemäß § 10 sind die Eintragungen im „Deutschen Reichsanzeiger" und durch mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen. Gewissermaßen wird die Auflösung weiterhin auch dadurch bekannt gemacht, daß die Liquidatoren gemäß § 297 „unter Hinweis auf die Auflösung der Gesellschaft" die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche auffordern müssen.

Ist die Auflösung nicht eingetragen und vom Registergericht nicht bekannt gemacht, so braucht ein Dritter sie nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, daß ihm die Auflösung bekannt war. Im übrigen muß er sie gegen sich gelten lassen,

[4]) Litthauer-Mosse § 293 Nr. 3.
[5]) Zu § 303 Ring Nr. 4; Staub Anm. 9. vgl. oben Seite 41.
[6]) §§ 319 Abs. 2 mit 277 Abs. 3; vgl. oben S. 41 ff.

falls er nicht beweist, daß er sie nicht kannte und auch nicht kennen mußte. (§ 15 Abs. 1 und 2.)

Die Auflösung ist „alsbald" nach der Fassung des Uebertragungsbeschlusses anzumelden. Allerdings sagt die D 177 nicht, was unter „alsbald" verstanden werden soll. Zu vermuten ist, daß es dem Begriff des Bürgerlichen Gesetzbuches: „ohne schuldhaftes Zögern" [7]) in der Bedeutung gleichgestellt ist.

§ 14.

cc) Eigentümlichkeiten der Liquidation im Falle des § 305.

1) Der Beschluß der übertragenden Gesellschaft, ihr ganzes Vermögen einer anderen Gesellschaft auszuhändigen, hat die Auflösung der Uebertragerin zur Folge, d. h. die Gesellschaft als solche existiert nicht mehr. Nun hat aber die Gesellschaft im Laufe ihres Betriebes Verbindungen angeknüpft, Schulden kontrahiert, Kredite gewährt; sie ist Verträge eingegangen usw. Alles dies kann nun nicht durch einen Beschluß zu nichte gemacht werden. Es genügt auch nicht, daß die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft sich an dem z. Zt. der Auflösung vorhandenen Gesellschaftsvermögen befriedigen, um alle die schwebenden Geschäfte, Verträge usw. sich nicht mehr kümmern und nach der Aufteilung des vorhandenen Vermögens sich in alle Winde zerstreuen. Wenn dies möglich und gesetzlich erlaubt wäre, so würde Unsicherheit im Wirtschaftsleben um sich greifen und schwere finanzielle Schädigungen hervorrufen. Wie sollten die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu ihrem Gelde kommen; die einzelnen früheren Mitglieder einzuklagen als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens wäre schon undenkbar, weil die Aktionäre nur der Gesellschaft gegenüber zu Einlagen verpflichtet sind und daher von anderen als der Gesellschaft nicht eingeklagt werden können. [1])

Aus wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen heraus hat daher der Gesetzgeber regelmäßig den aufgelösten Gesell-

[7]) vgl. z. B. § 121 BGB.

[1]) Näheres Lehmann 547 ff.; dort auch über rechtliche Struktur.

schaften ein Nachleben im Liquidationszustande gewährt, ein begrenztes „Leben nach dem Tode.“ [2])

2) Auch nach der durch den Uebertragungsbeschluß eingetretenen Auflösung tritt als naturaler Vorgang die Liquidation der Gesellschaft ein. Von dieser Regel gibt es nur zwei Ausnahmen, die besonders im Gesetz hervorgehoben worden sind: 1. die sogen. „Verstaatlichung“, 2. die „Fusion mit sofortiger Verschmelzung“. Der Fall unter 2 liegt dann vor, wenn ausdrücklich vereinbart ist, daß eine Liquidation der übertragenden Gesellschaft unterbleibt.

Jedoch stellt die Ausschließung der Liquidation stets den von der Regel abweichenden, den akzidentalen Vorgang dar. [3]) Nach der im Gesetz zum Ausdruck kommenden Tendenz muß regelmäßig das Liquidationsverfahren eintreten, das aber, der durch die Fusion eigenartig geschaffenen Sachlage angepaßt, in einigen Punkten von dem gewöhnlichen Liquidationsverfahren abweicht.

3) Bei letzterem wird das reine Aktivvermögen der Gesellschaft in Geld umgesetzt, werden die Gläubiger befriedigt, die ausstehenden Forderungen eingezogen, kurz alle laufenden Geschäfte zum völligen Abschluß gebracht. Zwar ist auch noch der Abschluß neuer Geschäfte statthaft, jedoch nur insoweit, als er zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte dient (§ 149). Alle Maßnahmen der Liquidatoren müssen auf die Beendigung des Betriebes hinzielen. Nach der Liquidation ist der verbliebene Ueberschuß an die Gesellschafter zu verteilen.

Die Liquidation, welche als Folge des Uebertragungsbeschlusses und der damit verbundenen Auflösung der Gesellschaft eintritt, weicht mit Rücksicht auf die erstrebte Fusion in zwei Punkten besonders von der gewöhnlichen Liquidation ab, erstens findet an Stelle der Verteilung des Vermögens an die Mitglieder eine Uebertragung desselben an die aufnehmende Gesellschaft statt, zweitens hat man den Liquidatoren größere Bewegungsfreiheit gewährt. [4])

[2]) Gareis 128; Makower § 303 III a.

[3]) so Lehmann 532 Anm. 2; Gareis 130; Goldmann § 304 Ziff. 1; Ring § 303 Nr. 5; Staub § 305 Anm. 12.

[4]) vgl. D 177; auch bezügl. der Ausführungen unten.

§ 303 Abs. 3 bestimmt, daß die allgemeinen Vorschriften über die Liquidation zur Anwendung kommen sollen, jedoch mit der Maßgabe, daß die Liquidatoren zu denjenigen Geschäften und Rechtshandlungen befugt sein sollen, welche die Ausführung der beschlossenen Maßregel — d. i. die Uebertragung des Vermögens im Ganzen — mit sich bringt.

Mit dem erweiterten Geschäftskreis erweitert sich auch die Geschäftsführungspflicht und die Vertretungsmacht der Liquidatoren. Sie haben die Pflicht und das Recht, Geschäfte abzuschließen, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich sind. Es handelt sich wohl stets um die Uebertragung eines in Betrieb befindlichen Unternehmens. Würde dasselbe die ganze Liquidationszeit über still liegen, so würde es im Wert bedeutend fallen. Daher ist den Liquidatoren die Befugnis zuzusprechen, das Unternehmen in vollem Betrieb zu halten und alle Geschäfte vorzunehmen, welche die Aufrechterhaltung des Betriebes erfordert.

Die Erweiterung der Vertretungsbefugnisse gilt nach innen wie nach außen. Soweit durch das vorgesetzte Endziel die Befugnisse der Liquidatoren eingeschränkt werden, gilt diese Einschränkung nur nach innen; Dritten gegenüber könnte sie nicht entgegengehalten werden. Es ist zu berücksichtigen, daß die Uebertragung des Vermögens im Ganzen und die daraus resultierende Beschränkung der Vertretungsmacht der Liquidatoren nicht ins Handelsregister eingetragen werden, daher auch nicht etwa aus § 15 heraus einem Dritten wirksam entgegengehalten werden können. Die Liquidatoren können demnach, ungeachtet der Uebertragung des Vermögens im Ganzen, nach außen rechtsverbindliche Einzelabschlüsse treffen.[5])

Neben diesen erweiterten Befugnissen stehen den Liquidatoren naturgemäß auch die üblichen Rechte der Liquidatoren zu. Sollte die Uebertragung des Gesamtvermögens, d. h. hier die Fusion, scheitern, so tritt, falls nicht nach § 307 ein

[5]) vgl. §§ 149, 151; Staub § 303 Anm. 12; Ring § 303 Nr. 6; durch ein solches Verhalten können sich aber die Liquidatoren nach innen haftbar machen.

Rückbildungsbeschluß gefaßt wird, die gewöhnliche Liquidation in ihre Rechte. Den Liquidatoren stehen von nun an wieder nur die allgemeinen Befugnisse zu.[6])

Weiterhin unterscheidet sich die Liquidation des § 305 von der gewöhnlichen durch die Vermögensbehandlung. Während bei der sonst üblichen Liquidation die Ueberschüsse verteilt werden, bleibt bei der Fusion das Vermögen „als Ganzes" erhalten und wird so auch an die übernehmende Gesellschaft übertragen.

§ 15.

dd) Die Liquidatoren.

Maßgebend sind gemäß § 303 Abs. 3 die Vorschriften der §§ 294 bis 302.

Die geborenen Liquidatoren sind die Mitglieder des Vorstandes. War bei der Auflösung der Gesellschaft nur ein Vorstandsmitglied vorhanden, der Vorstand nicht vollzählig besetzt, so wird nur dieses eine Mitglied Liquidator.[1])

Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch andere Personen zu Liquidatoren bestimmen (§ 295 Abs. 1). Schließlich kann auch die Generalversammlung, die während der Liquidation erhalten bleibt, mit einfacher Stimmenmehrheit — die Satzung kann leichtere oder schwerere Bedingungen aufstellen — andere Personen zu Liquidatoren ernennen. Diese Ernennungsbefugnis kann aber nicht einem anderen Organ delegiert werden.[2]) (§ 295 Abs. 1.)

Es kann aber auch auf Antrag des Aufsichtsrates oder von Aktionären, deren Anteile zusammen ein Zwanzigstel des

[6]) so Staub § 303 Anm. 12.

[1]) Zu § 295 Makower I a; Ring Nr. 1 vgl. auch Lehmann Lehrbuch § 92 Nr. 3 u. daselbst Anm. 3.

[2]) Näheres s. Makower § 295 I b; Ring § 295 Nr. 3. Streitig ist, ob die Generalversammlung Liquidatoren durch gewöhnlichen Beschluß bestellen kann, wenn die Satzung schon andere Personen bezeichnete. Dagegen Makower § 295 I b; Ring § 295 Nr. 3 erklärt es für statthaft, weil gemäß § 295 Abs. 3 die Generalversammlung jederzeit die Liquidatoren abberufen könne; in gleichem Sinne Staub § 295 Anm. 2.

Grundkapitals erreichen und die seit mindestens 6 Monaten Besitzer dieser Aktien sind - nach herrschender Meinung ist hier Eigenbesitz gemeint[3]) — aus wichtigen Gründen die Ernennung durch das Gericht erfolgen. Zuständig ist das Gericht des Sitzes. Dieses übt bei der Ernennung der Liquidatoren einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus.[4]) (§§ 145, 146 FGG.)

Die Ernennung findet aber nur „aus wichtigen Gründen" statt, z. B. dann, wenn gemäß gesetzlicher Bestimmung eine Person Liquidator würde, gegen welche begründeter Verdacht der Pflichtvergessenheit, Unredlichkeit, der mangelnden Fähigkeit zur ordnungsmäßigen Durchführung der Liquidation vorliegt.[5])

Der Antrag kann gemäß § 11 FGG zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder schriftlich gestellt werden. Die Antragsteller müssen die vom Gesetz geforderten Eigenschaften nachweisen und die „wichtigen" Gründe bezeichnen. Daß die in ihrem Besitz befindlichen Aktien seit mindestens 6 Monaten ihr Eigentum sind, müssen die Antragsteller nach den Vorschriften des § 294 ZPO glaubhaft machen.

Antragsgegnerin ist in diesem Falle die Gesellschaft; denn in erster Linie kommt als Abhülfe schaffendes Organ die Generalversammlung in Frage. Erst wenn diese die Abhülfe ablehnt oder eine solche von ihr überhaupt nicht zu erwarten ist, tritt das Gericht helfend ein. Nach § 146 Abs. 1 FGG ist dann die Gesellschaft als Antragsgegnerin vor Ernennung der Liquidatoren zu hören, jedoch nur für den Fall, daß sie schon Liquidatoren bestellt hatte, da ja der bisherige Vorstand die Gesellschaft während der Liquidation nicht mehr vertritt.[6]) Das Gericht hat nach Anhörung der Parteien eine Entscheidung zu treffen und diese den Antragstellern, der Gesellschaft

[3]) Ring § 295 Nr. 4 und § 266 Nr. 6; mißbräuchliche Benutzung ist nach § 318 strafbar.

[4]) vgl. zu § 295 Makower I c 1; Ring Nr. 4; früher schon KGJ 9, 23 ff.; ROHG 9, 30.

[5]) vgl. zu § 146 Makower III c; Ring Nr. 3.

[6]) vgl. zu § 295 Makower I c 1; Ring Nr. 4.

und den eventl. ernannten Liquidatoren zuzustellen. Die Entscheidung kann auch den anwesenden Parteien zu Protokoll bekannt gegeben werden. (§ 16 FGG.)

Ist dem Antrage stattgegeben, so steht der Gesellschaft, ist er zurückgewiesen, den Antragstellern die sofortige Beschwerde und gegebenenfalls die sofortige weitere Beschwerde zu. (§§ 146 Abs. 2, 20, 27 und 29 Abs. 2 FGG.)

Als zulässig muß auch erachtet werden, daß das Gericht, soweit die erforderlichen Liquidatoren nicht vorhanden sind, auf Antrag nur eines Beteiligten in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung dieses Mangels Liquidatoren bestellen kann (§ 48 Abs. 1 in Verbindung mit § 29 BGB). Doch ist die Frage streitig.[7])

Was das Vertragsverhältnis der Liquidatoren zu der Gesellschaft anbetrifft, so unterliegt dasselbe, falls das Amt unentgeltlich ausgeübt wird, den Vorschriften vom Auftrag (§§ 662 ff. BGB), sofern es gegen Entgelt ausgeübt wird — und das ist die Regel — den Bestimmungen über den Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§§ 675, 611 BGB). Ueben frühere Vorstandsmitglieder die Tätigkeit der Liquidatoren aus, so fallen im Zweifel diese Dienstleistungen unter jene Pflichten, welche seinerzeit der Vorstand in dem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Dienstvertrag übernommen hat. Die Vorschriften dieses Vertrages sind also für die Kündigung usw. der bisherigen Vorstandsmitglieder und jetzigen Liquidatoren im Zweifel maßgebend.[8]) — Ist eine Vergütung ausdrücklich nicht vereinbart worden, so ist nach Lage des Falles zu entscheiden, ob die Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist oder nicht. (§ 612 BGB.) Andrerseits können die Liquidatoren „notwendige" Aufwendungen auch nach § 670 BGB ersetzt verlangen.

[7]) vgl. zu § 295 Ring Nr. 4; a. M. Staub § 295 Anm. 5; Makower I c 1, welcher ausführt, daß § 295 Abs. 1 und 2 eine völlige Regelung treffen wolle und daher § 48 BGB ausschließe.

[8]) RG 24, 70 ff.

Das Gericht kann wohl auf Antrag Liquidatoren bestellen, nicht aber ist es befugt, ihnen eine bestimmte Bezahlung zuzusichern; das Gesetz hat ihm diese Befugnis nicht gegeben. Die vom Gericht ernannten Liquidatoren können Befriedigung nur auf Grund der §§ 612, 670 BGB erlangen.[9])

Die Abberufung der Liquidatoren ist jederzeit möglich. Sie kann geschehen durch die Generalversammlung mit der nach § 251 Abs. 1 genügenden einfachen Stimmenmehrheit, falls schwerere oder leichtere Erfordernisse in der Satzung nicht aufgestellt sind. Nur die vom Gericht bestellten Liquidatoren kann die Generalversammlung nicht abberufen. Die Abberufung dieser Liquidatoren bleibt dem Gericht vorbehalten; aber auch die Abberufung von Liquidatoren durch das Gericht kann nur unter denselben Voraussetzungen wie die Bestellung stattfinden, also z. B. nur aus „wichtigen" Gründen. (§ 295 Abs. 3. Vgl. auch Seite 69 ff.)

Streitig ist die Frage, ob die Liquidatoren, welche nach Bestimmung der Satzung zu diesem Amte berufen sind, durch einfachen Generalversammlungsbeschluß abberufen werden können. Während die herrschende Meinung dies für zulässig erachtet,[10]) erfordert Makower § 295 II a erst einen, den Erfordernissen der §§ 275 ff. Genüge leistenden Abänderungsbeschluß, da durch Abberufung dieser Liquidatoren eine Bestimmung der Satzung geändert werde. Erst nach Fassung dieses Abänderungsbeschlusses erklärt er die Abberufung der Liquidatoren für zulässig. Demgegenüber ist zu betonen, daß § 295 garnicht von dem von Makower gezeichneten Umweg spricht; andrerseits würde durch solch eine Vorschrift die Gesellschaft unpraktischerweise in ihrer Bewegungsfreiheit gehemmt. Es liegt doch in ihrem Interesse, Personen, welche ihr Liquidatorenamt nicht ausführen können oder zum Nachteil der Gesellschaft führen, möglichst schnell zu beseitigen. Dies wäre unmöglich, wenn man von der Gesellschaft erst noch die Fassung eines Abänderungsbeschlusses fordert.

[9]) Zu § 295 Ring Nr. 5; Staub Anm. 9; a. M. Makower I c 4.

[10]) vgl. zu § 295 Ring Nr. 6; Staub Anm. 10 a; Rudorff Abs. 3; a. M. Makower oben.

Wie im § 231 Abs. 3 erfolgt auch hier die Abberufung unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung. Ein solcher steht den Liquidatoren jedoch nur zu, wenn die Abberufung vorzeitig geschieht, nicht aber wenn ihnen ordnungsgemäß gekündigt worden ist.[11]) Einen Anspruch auf Vergütung für die nicht abgelaufene Zeit haben die Liquidatoren auch dann nicht, wenn ihnen aus „wichtigen" Gründen heraus ohne Einhaltung einer Frist gekündigt worden ist. (§ 626 BGB.) Es wird den Liquidatoren demnach ein solcher Anspruch auch nicht zustehen, falls sie durch das Gericht vorzeitig abberufen werden, da das Gericht die Abberufung nach unsern obigen Ausführungen nur aus „wichtigen" Gründen vornehmen kann.[12])

Die ersten Liquidatoren sind, soweit sie nicht durch das Gericht selbst ernannt worden sind, durch den Vorstand in der zur rechtsverbindlichen Abgabe von Willenserklärungen erforderlichen Besetzung beim Handelsregister des Sitzes und der Zweigniederlassungen der Gesellschaft anzumelden. Selbst dann ist die Anmeldung durch den Vorstand vorzunehmen, wenn auch die Liquidatoren nicht aus ihnen hervorgegangen sind.[13])

Ist bei der Bestellung der Liquidatoren eine Bestimmung über ihre Vertretungsbefugnis getroffen, so ist auch diese Bestimmung zur Eintragung anzumelden. (§ 296 Abs. 1 Satz 2.) Gemeint ist damit aber nur eine solche Bestimmung, welche von der Regel — wie sie § 232 Abs. 1 Satz 1 und der hierauf Bezug nehmende § 298 Abs. 3 vorzeichnet — abweicht. Dabei ist aber wiederum zu berücksichtigen, daß bei Uebertragung des Vermögens im Ganzen den Liquidatoren gemäß § 303 Abs. 3 schon an sich ein erweiterter Geschäftskreis eingeräumt ist.

Jede Aenderung, sowohl in der Person des Liquidators als auch in seiner Vertretungsbefugnis, ist durch den derzeitigen Liquidator zur Eintragung anzumelden.

---

[11]) vgl. dazu §§ 620 ff. BGB.
[12]) so Ring § 295 Nr. 6.
[13]) so zu § 296 Ring Nr. 1.

Die hier in Frage stehenden Anmeldungen können sämtlich durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, nicht aber kann die Besoldung der Liquidatoren selbst auf diese Weise erzwungen werden. Der Anmeldung ist eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder Aenderung beizufügen, eventl. also auch die Bestimmung betreffs die anderweitige Regelung der Vertretungsbefugnis. Dagegen brauchen diese Anlagen nicht der Anmeldung bei Registern der Zweigniederlassungen beigefügt zu werden. Hier ist nur der Nachweis der erfolgten Eintragung bei dem Register des Sitzes zu erbringen. (§ 296 Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2.)

Auf Grund dieser Anmeldung erfolgt die Eintragung; bei Ernennung oder Abberufung der Liquidatoren durch das Gericht geschieht sie ausnahmsweise von Amtswegen. Falls das Gericht von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Anordnungen über die Vertretungsbefugnis trifft, so muß es auch diese Abweichung von Amtswegen eintragen.[14]) Desgleichen hat in einem solchen Falle das Gericht auch das Ersuchen um Eintragung in das Handelsregister an das Gericht der Zweigniederlassung zu richten.

Eine Unterlassung der Anmeldung, die ja an und für sich zur Wirksamkeit der Ernennung nicht erforderlich ist, kann die Folgen des § 15 nach sich ziehen.[15])

Die Liquidatoren haben ferner zur Aufbewahrung bei Gericht, sowohl dem des Sitzes als auch dem der Zweigniederlassung, die Namensunterschrift und, abweichend von §§ 195 Abs. 4 und 234 Abs. 3, auch die Firma zu zeichnen. (§ 296 Abs. 4.) Unter Firma ist hier die Gesellschaftsfirma mit dem Zusatz „in Liquidation" zu verstehen. Die Zeichnung der Firma und des Namens zur Aufbewahrung bei Gericht ist auch von jenen Liquidatoren vorzunehmen, welche durch das Gericht bestellt worden sind. Die Zeichnung kann nötigenfalls durch Ordnungsstrafen gemäß § 14 erzwungen werden.[16])

[14]) so zu § 296 Ring Nr. 3; Litthauer-Mosse Anm. 6.
[15]) so Ring a. a. O.
[16]) so zu § 296 Ring Nr. 4; Makower III.

§ 16.

cc) Weitere Maßnahmen zur Durchführung der Liquidation (§§ 297 bis 299).[1])

1) Aufgebot der Gesellschaftsgläubiger: Gemäß § 297 haben die Liquidatoren unter Hinweis auf die Auflösung die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden. Die Aufforderung ist dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Sie kann in den Fällen, in welchen die Eintragung nicht zur Wirksamkeit der Auflösung gehört, schon vor Eintragung der Auflösung oder der Liquidatoren erlassen werden, nicht aber schon vor Auflösung der Gesellschaft, da in der Aufforderung auf diese als einer vollendeten Tatsache hingewiesen werden muß.

Zwar ist im Gesetz nicht gesagt, wann diese Aufforderung ergehen soll; doch ist anzunehmen, da der Gesetzgeber kaum eine unnötige Verschleppung der Abwickelung der Geschäfte billigen würde, daß diese Aufforderung „alsbald" nach der Auflösung zu erlassen ist.[2])

Die Aufforderung ist in der von der Satzung festgesetzten Form dreimal in den Gesellschaftsblättern, ferner einmal auch im „Deutschen Reichsanzeiger" zu veröffentlichen. (§ 182 Abs. 2 Ziff. 6 und Abs. 3.) Mit der dritten Aufforderung beginnt das Sperrjahr.[3]) (§ 301 Abs. 1.) Hierin liegt eine wesentliche Abweichung von der Bestimmung des § 50 BGB, welcher besagt, daß die Bekanntmachung erst mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Einrückung als bewirkt gelte. Nach dieser Vorschrift würde also das Sperrjahr erst nach Ablauf des zweiten Tages nach der dritten Einrückung zu laufen beginnen. Jedoch trifft § 297 eine vollständige, umfassende Regelung hinsichtlich des Aufgebots der Gläubiger; er schaltet demnach § 50 BGB gänzlich aus.

---

[1]) vgl. auch Lehmann Lehrbuch § 92.
[2]) so zu § 297 Ring Nr. 1; Staub Anm. 1; a. M. Makower II.
[3]) vgl. Ring und Makower a. a. O.; auch Seite 81 ff.

Nicht erforderlich ist nach geltendem Recht mehr, die bekannten Gläubiger besonders aufzufordern.[1]) Diese sind, auch wenn sie sich nicht melden, zu befriedigen. (§ 301 Abs. 2.)

Hier liegt der eigenartige Fall vor, daß einerseits die Aufforderung nicht erzwungen werden kann, andrerseits die Nichterzwingbarkeit auch nicht besonders hervorgehoben ist. § 14 kommt hier garnicht in Frage, da es hierbei sich um eine Anmeldung usw. garnicht handelt; § 319 aber erwähnt den § 297 überhaupt nicht. — Jedoch können sich bei Unterlassen der Aufforderung die Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder wegen des daraus entstehenden Schadens haftbar machen. (§§ 241 Abs. 2 und 249 Abs. 2 in Verbindung mit § 298 Abs. 2.) Weiterhin beginnt auch nicht das Sperrjahr zu laufen; es darf also auch nicht das Gesellschaftsvermögen ausgehändigt werden. Findet trotzdem eine Aushändigung statt, so sind wiederum Liquidatoren und Aufsichtsrat für den durch solche ungesetzlichen Maßnahmen entstehenden Schaden haftbar. Dagegen ist eine Haftung der Aktionäre nach § 217 Abs. 1 wohl gänzlich ausgeschlossen, da bei einer Fusion das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft der Uebernehmerin ausgehändigt wird, gesetzwidrige Zahlungen aus jenem Vermögen an die Aktionäre daher wohl kaum vorkommen.

2) Der Geschäftskreis der Liquidatoren: Wie schon oben betont wurde, haben die Liquidatoren im Falle des § 305 laut ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift erweiterte Geschäftsbefugnisse. Bezüglich dieser Erweiterungen verweisen wir auf das auch Seite 67 ff. Gesagte. An dieser Stelle sind nur noch die allgemeinen Bestimmungen des § 298 vorzugsweise zu erörtern.

Die Liquidatoren haben gemäß § 149, auf welchen § 298 Bezug nimmt, die laufenden Geschäfte zur Erledigung zu bringen, Forderungen einzuziehen, Gläubiger zu befriedigen, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten.

[1]) abweichend das Allg. D. HGB Art. 245 Abs. 3; heute noch abweichend geregelt bei Herabsetzung des Grundkapitals im § 298 Abs. 2.

Nur die Liquidatoren können die Forderungen der Gesellschaft gegen ihre Aktionäre, z. B. auf Leistung der rückständigen Beiträge, geltend machen, auch jene, die erst während der Liquidation fällig werden.[5])

Eine Beschränkung des Umfanges der Befugnisse der Liquidatoren ist Dritten gegenüber unwirksam. (§ 151 mit § 298 Abs. 1.) Dagegen können die Befugnisse durch Generalversammlungsbeschluß — die Generalversammlung bleibt auch während der Liquidation bestehen, nur dürfen in ihr allein noch auf die Abwicklung hinzielende Beschlüsse gefaßt werden — und zwar durch einfachen Mehrheitsbeschluß, erweitert werden.[6])

Im Fall des § 305 haben außerdem die Liquidatoren auch alle die Maßnahmen zu treffen, welche zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich sind. Jedoch kann die Geschäftsleitung auch schon während der Liquidation dem Uebernehmer überlassen werden. Die Liquidatoren haben dann nur noch eine Ueberwachungstätigkeit im Wesentlichen auszuüben; sie haben dann besonders darauf zu achten, daß die beiden Vermögensmassen nicht vermengt werden.[7])

Innerhalb des ihnen vorgezeichneten Geschäftskreises haben die Liquidatoren die Rechte und Pflichten des Vorstandes und unterliegen gleich diesem der Ueberwachung durch den Aufsichtsrat. (§ 298 Abs. 2.) Die Liquidatoren treten gänzlich an die Stelle des Vorstandes, während im übrigen die Organisation der Gesellschaft fortbesteht. Der Gesellschaft gegenüber sind die Liquidatoren der Satzung und der Generalversammlung unterworfen (§ 235), letzterer jedoch nur in-

---

[5]) ROHG 21, 140; 25, 158; vgl. auch Lehmann Lehrbuch § 92 Nr. 6 Anm. 9.

[6]) so zu § 298 Ring Nr. 1; a. M. Makower II b.

[7]) D 178; Ring § 303 Nr. 7; Pinner III a; Staub Anm. 14, der jedoch diese Uebertragung der Geschäftsleitung praktisch für nicht unbedenklich erklärt; die beste Lösung sei, daß als Liquidatoren solche Personen bestellt würden, welche Vertrauensmänner beider Kontrahenten seien. Aehnlich Wiener 360 ff.: wegen der entstehenden Interessenkollision dürfte auch die Uebertragung des Amtes eines Liquidators an den Erwerber unzulässig sein (Seite 363).

soweit, als deren Beschlüsse nicht dem Zweck der Liquidation entgegenarbeiten. Naturgemäß sind die Liquidatoren auch befugt, die Generalversammlung zu berufen oder ihre Beschlüsse anzufechten; sie haben die gleiche bürgerlich- und strafrechtliche Verantwortung wie die Vorstandsmitglieder (§§ 241, 312, 314, 315, 319 Abs. 1).

Grundsätzlich müssen gemäß § 298 Abs. 3 die Liquidatoren Willenserklärungen in ihrer Gesamtheit abgeben, vorausgesetzt, daß mehrere Liquidatoren vorhanden sind, was nicht unbedingtes Erfordernis ist. Jedoch kann durch die Satzung oder bei der Ernennung[8]) der Liquidatoren hinsichtlich ihrer Vertretungsbefugnisse ein Anderes bestimmt werden. Auch können die einzelnen Liquidatoren zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigt werden, analog der Bestimmung des § 232 Abs. 1 Satz 2 für Vorstandsmitglieder.

Eine Bestellung von Prokuristen darf während des Liquidationsstadiums nicht stattfinden; die vorher bestellte Prokura erlischt; die Anmeldung dieses Erlöschens kann erzwungen werden.[9])

Sondergeschäfte sind den Liquidatoren gemäß § 298 Abs. 4 im allgemeinen nicht untersagt; jedoch kann durch Vertrag ausbedungen werden, daß die Liquidatoren keine Sondergeschäfte abschließen.[10])

Ihre Unterschrift haben die Liquidatoren in der Weise abzugeben, daß sie zur Firma den Zusatz „in Liquidation" hinzufügen und dann mit ihrem Namen unterzeichnen. (§§ 298 Abs. 1 mit 153.)

3) Die Bilanzen während der Liquidation (§ 299): Bei Beginn der Liquidation ist von den Liquidatoren eine

---

[8]) Unter „Ernennung" ist sowohl die Bestellung durch Generalversammlungsbeschluß als auch durch das Gericht zu verstehen. vgl. Ring § 298 Nr. 1.

[9]) vgl. ROHG 13, 223 ff.; Ring § 298 Nr. 5; Litthauer-Mosse Anm. 6; Pinner IV 8; Staub Anm. 11.

[10]) vgl. zu § 298 Makower II i; Ring Nr. 6. Lehmann Lehrbuch § 92 Nr. 4.

Eröffnungsbilanz aufzustellen. Sie ist auf den Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft zu ziehen. Falls die Auflösung zum Schlusse eines Geschäftsjahres erfolgt, so braucht der Regel nach neben der Liquidationseröffnungsbilanz nicht noch eine besondere Bilanz für den Schluß des Geschäftsjahres gezogen zu werden. Letztere ist nur dann noch außer der Eröffnungsbilanz aufzustellen, wenn sich wegen Berechnung des Gewinnes, etwa für Auszahlung von Tantiemen, die Herstellung einer Bilanz mit Ansetzung der gewöhnlichen Werte an Stelle der Liquidationsbilanzwerte, als notwendig herausstellt. [11])

Es sind weiterhin von den Liquidatoren Bilanzen für den Schluß eines jeden Jahres aufzustellen. Dabei kann das bisherige Geschäftsjahr der Gesellschaft beibehalten werden. Die Liquidationsbilanz ist dann für denjenigen Zeitpunkt aufzustellen, für den auch bei dem Fortbestehen der Gesellschaft eine Bilanz aufzustellen gewesen wäre. Die erste Liquidationsjahresbilanz ist also für den Schluß des beim Liquidationsbeginn laufenden Geschäftsjahres aufzustellen. § 39 Abs. 2 bestimmt ausdrücklich, daß die Dauer des Geschäftsjahres zwölf Monate nicht überschreiten dürfe. Würde nun für den Schluß des im Lauf befindlichen Geschäftsjahres keine Bilanz aufgestellt, so würde die nächste Bilanz ja einen Zeitraum von über 12 Monaten umfassen; eine Hinausschiebung der Bilanzaufstellung über den oben festgesetzten Zeitpunkt ist also unzulässig. [12])

Jedoch kann die Satzung oder die Generalversammlung, schließlich auch der Liquidator, unbekümmert um das Geschäftsjahr, ein besonderes Liquidationsjahr festsetzen. [13])

Hinsichtlich des Verfahrens bei der Aufstellung finden für alle Bilanzen [14]) die Grundsätze der §§ 260, 263 bis 267

---

[11]) vgl. Ring § 299 Nr. 2.

[12]) vgl. zu § 299 Ring Nr. 3; Makower III b 3; Litthauer-Mosse Anm. 4; Staub Anm. 5.

[13]) so zu § 299 Ring Nr. 3; Makower III b 1; Esser Nr. 3.

[14]) Rehm § 10 I läßt auch eine Liquidationszwischenbilanz zu. § 299 Abs. 2 bezieht sich auch auf die Liquidationseröffnungsbilanz. D 174; vgl. auch zu § 299 Makower IV a; Ring Nr. 4.

mit Ausnahme derjenigen über die Gewinnverteilung Anwendung. (§ 299 Abs. 2.) Die Liquidatoren haben demgemäß in den ersten drei Monaten für die verflossene Zeit eine Bilanz, eine Gewinn- und Verlustrechnung, sowie einen Bericht über den Stand und die Verhältnisse der Gesellschaft anzufertigen und dem Aufsichtsrat und mit dessen Bemerkungen der Generalversammlung vorzulegen. Diese tritt in eine Prüfung ein, beschließt über die Genehmigung der Bilanz und erteilt, sofern sie alles für richtig befunden hat, den Liquidatoren und dem Aufsichtsrat Entlastung. Die Frist zur Vorlegung der Bilanz usw. kann durch die Satzung über die gesetzliche Frist hinaus verlängert sein; doch darf sie nicht die Dauer von 6 Monaten überschreiten. (§ 260.)

Die §§ 263 bis 267 treffen dann weiter Bestimmungen über rechtzeitige Vorlage der Bilanz usw. zur Einsicht (§ 263); geben die Möglichkeit der Vertagung der Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz (§ 264); regeln die Bekanntmachung der Bilanz (§ 265) und lassen endlich die Möglichkeit der Nachprüfung der Bilanz usw. durch Revisoren zu. (§§ 266, 267.)

Was das Wesen der Liquidationsbilanzen anbetrifft, so sind sie Gewinnermittlungsbilanzen, keine Gewinnverteilungsbilanzen, da ja der Reingewinn nur festgestellt, aber nicht verteilt wird. Diese Folgerung ergibt sich daraus, daß § 299 Abs. 2 von den Vorschriften des § 260 nur die über Gewinnverteilung, nicht aber diejenigen über Gewinn- und Verlustrechnung ausschließt.[15]) Es ist also demnach außer der Bilanz und dem Geschäftsbericht auch eine Gewinn- und Verlustrechnung vorzulegen, damit die Generalversammlung sich über die während der Liquidation entstandenen Mehreinnahmen oder Ausfälle unterrichten kann.[16])

Da § 261 ausdrücklich außer Kraft gesetzt ist, so finden für die Aufstellung der Bilanz die allgemeinen Vorschriften

[15]) so Rehm § 8 II c, der in den §§ 8—13 eingehend die Natur der Liquidationsbilanzen erörtert.

[16]) D 174/75; zu § 299 Ring Nr. 4; Litthauer-Mosse Anm. 5; vgl. Rehm § 8 II.

des § 40 Anwendung. Die Vermögensgegenstände sind zu ihrem wahren, objektiven Werte einzusetzen, also nicht mit ihrem Versilberungswert, da ja das Unternehmen von der übernehmenden Gesellschaft fortgeführt werden soll.[17]) Auch erscheint es aus gleichem Grunde hier nicht angebracht, die einzelnen Kapitalkonten — Grundkapital, Reservefonds, Gewinn- und Verlustkonto — in der Liquidationsbilanz zu einem Posten zusammenzufassen, was nach herrschender Meinung bei der Aufstellung einer Bilanz im gewöhnlichen Liquidationsverfahren zulässig ist.[18])

Laut ausdrücklicher Bestimmung des § 319 Abs. 1 sind die Liquidatoren zur Befolgung der im § 299 gegebenen Vorschriften durch Ordnungsstrafen anzuhalten.

§ 17.

ff) Die Gläubigerschutzvorschriften des § 301.[1])

1) Das Sperrjahr. Die Uebertragung des Vermögens darf nur erfolgen, wenn seit dem Tage, an welchem die dritte öffentliche Aufforderung an die Gläubiger erging, ein Jahr verstrichen ist. Diese Vorschrift bezweckt den Schutz der Gläubiger der untergehenden Gesellschaft. An und für sich wird, wie früher schon hervorgehoben worden ist, das Geschäftsverhältnis, durch welches der Gläubiger mit der Gesellschaft in Verbindung steht, von der Liquidation nicht betroffen. Die Gesellschaft ist auch im Liquidationszustande weiter verpflichtet und haftet in gleicher Weise wie vorher; hinzu kommt noch, wie wir unten sehen werden, die Haftung der übernehmenden Gesellschaft.

Falls die in Frage stehende Aufforderung in mehreren Blättern bekannt gemacht werden muß, so ist für den Beginn

---

[17]) so Rehm § 13 I bezügl. Umwandlung einer Gesellschaft; nicht ganz klar ausgedrückt Ring § 299 Nr. 5.

[18]) so zu § 299 Makower V d; Ring Nr. 5.

[1]) Eine Erörterung des § 360 kann hier unterbleiben, da ja der Ueberschuß nicht an die Aktionäre verteilt, sondern als Ganzes der übernehmenden Gesellschaft ausgehändigt wird.

des Sperrjahres maßgebend die dritte Bekanntmachung in dem am spätesten erschienenen Blatte. Daß § 50 BGB hier für die Berechnung nicht maßgebend ist, wurde schon Seite 75 hervorgehoben.

Ist der Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im Ganzen erst gefaßt worden, als die übertragende Gesellschaft schon in Liquidation war, so beginnt nun nicht das Sperrjahr von neuem, sondern es läuft weiter fort und wird von dem ursprünglichen Anfangstermin an gerechnet.[2])

Das Sperrjahr stellt aber keine Ausschlußfrist dar; auch die Satzung kann es nicht zu einer solchen machen.[3]) Auch die Gläubiger, welche sich nachträglich melden, müssen befriedigt werden, solange noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist; hier tritt eventl. die Haftung der Uebernehmerin ein.

2) Befriedigung oder Sicherung der Gläubiger.

α) Grundsätzlich werden die bestehenden Vertragsverhältnisse der Gesellschaft durch Eintreten der Liquidation nicht berührt; die Liquidationsgesellschaft tritt in jeder Beziehung an die Stelle der aufgelösten Gesellschaft. Es werden also an sich nicht fällige Forderungen keineswegs durch den Eintritt der Liquidation fällig, auf längere Zeit abgeschlossene Verträge oder „besondere, zu Gunsten der Gesellschaft vereinbarte Zahlungsmodalitäten hinfällig.“ [4]) Das Gesetz trifft nirgends eine dahingehende Bestimmung, welche auch sehr unzweckmäßig sein würde. Das Reichsgericht 9, 14 führt treffend aus: „Es entspricht grade einer angemessenen, den Interessen der Aktionäre dienenden Liquidation, die Vorteile und Erleichterungen, welche sich die Gesellschaft für ihre Schuldentilgung während ihres Bestehens zu verschaffen gewußt hat, auch nach der Auflösung auszunutzen.“

Ob betagte Forderungen an die Gesellschaft fällig werden, bestehende Verträge weiterlaufen oder mit der Auflösung der

---

[2]) so zu § 303 Makower III d 2; Ring Nr. 7.

[3]) so zu § 301 Ring Nr. 2; Litthauer-Mosse Anm. 2; vgl. auch RDHG 19, 160.

[4]) so RG 9, 14 ff.; s. auch Lehmann Lehrbuch § 92 Nr. 1 Anm. 6.

Gesellschaft fortfallen, bestimmt sich ganz nach der Art und dem Zweck der eingegangenen Verpflichtungen, z. B. wirkt die Auflösung zerstörend ein, wenn Art oder Zweck der Verpflichtung den wirklichen, vollwertigen Fortbestand der Gesellschaft zur Voraussetzung hat.[5])

β) Das Sperrjahr ist, wie schon oben betont wurde, zum Schutze der Gläubiger bestimmt; während dieser Zeit haben die Liquidatoren für die Befriedigung bezw. Sicherstellung der Gläubiger Sorge zu tragen. Hierbei kommen die §§ 293 ff BGB in Frage. So haben vor allem bei einer Bringschuld die Liquidatoren dem Gläubiger die Leistung, so wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anzubieten (§ 294 BGB). Es genügt ein wörtliches Angebot der Leistung bei Holschulden oder in dem Falle, daß der Gläubiger schon erklärt hat, er nehme die Leistung nicht an (§ 295 BGB). Bei Annahmeverzug haben die Liquidatoren den fraglichen Betrag zu hinterlegen.

Obwohl keine ausdrückliche Bestimmung darüber besteht, so ist doch anzunehmen, daß die Befriedigung der Gläubiger gleichmäßig zu erfolgen hat[6]) und eine grundlose Bevorzugung die Liquidatoren haftbar macht. Jedoch haben die benachteiligten Gläubiger keinen Anspruch gegen die Bevorzugten auf Zurückzahlung zum Zwecke der Ausgleichung; allerdings können unter Umständen die Voraussetzungen zur Anfechtung gegeben sein.

Zu berücksichtigen sind nur die bekannten Gläubiger; ohne Belang ist, ob sie sich gemeldet haben oder nicht. Melden sich Gläubiger noch nach Ablauf des Sperrjahres, so dringt ihre Klage auf Zahlung nicht durch, sofern die Gesellschaft beweist, daß verteilbares Vermögen nicht mehr vorhanden ist.[7])

---

[5]) vgl. Ring § 294 Nr. 2; Wiener 348 ff.; RG 5, 7 ff.; auch ROHG 24, 242 ff.; s. auch § 321 BGB.

[6]) vgl. RG 7, 105 ff.; zu § 301 Makower I a; Ring Nr. 5; Staub Anm. 6 und 8; a. M. Lehmann Lehrbuch § 92 Nr. 8: „Für die Berichtigung der Schulden der AG gilt nicht der Grundsatz der Parität der Gläubiger, wie im Konkurs. Vielmehr sind an sich die Liquidatoren befugt, die Gläubiger in der Reihenfolge, wie sie sich melden, zu befriedigen"; vgl. a. a. O. auch Anm. 4.

[7]) vgl. ROHG 19, 164; auch Makower § 301 I a; unklar Staub Anm. 2, der anscheinend den entgegengesetzten Standpunkt einnimmt.

γ) Auch die bekannten Gläubiger, welche sich nicht gemeldet haben, sind zu befriedigen. Der ihnen geschuldete Betrag ist zu hinterlegen, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist. (§ 301 Abs. 2.) Die Fassung dieses Absatzes ist ebenso unglücklich wie die des § 52 BGB. Es könnte nach dem Wortlaut den Anschein haben, als ob nur eine Hinterlegung hinsichtlich der Beträge bekannter Gläubiger möglich wäre, welche sich nicht auf die Aufforderung hin gemeldet hätten. Demgegenüber wird heute allgemein angenommen,[8]) daß überall dort die Hinterlegung in Frage kommt, wo immer nur „die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist", also nicht nur in dem vom § 301 Abs. 2 allein angeführten Falle. Wann diese Berechtigung gegeben ist und wie sie zu bewerkstelligen ist, folgt aus den Vorschriften der §§ 372 ff. BGB.[9])

Eine Hinterlegung der im § 372 BGB aufgezählten Gegenstände — andere Gegenstände sind gemäß §§ 383 ff. BGB zunächst zu Geld zu machen — ist erstens schon möglich, wenn der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, weiterhin auch, wenn der Schuldner aus einem anderen, in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder in Folge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeiten nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann. Die folgenden Paragraphen regeln dann die Materie im Einzelnen; es mag nur noch hervorgehoben werden, daß nach § 376 BGB und § 382 BGB der Schuldner — hier also die Gesellschaft — eventl. das Recht auf Rücknahme hat.

Streitig ist aber, ob in den Fällen, in denen der Schuldner die Berechtigung zur Hinterlegung hat, auch die Verpflichtung dazu für ihn besteht. Dem „kann" im § 372 BGB steht das „ist" in den §§ 52 BGB und 301 Abs. 2 HGB gegenüber.

[8]) vgl. zu § 301 Ring Nr. 3; Staub Anm. 5; Makower I b; a. M. Pinner IV 2.

[9]) Ergänzend kommen noch landesgesetzliche Vorschriften hinzu, so z. B. für Preußen die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 n. F.

Da § 372 BGB ganz allgemein die Hinterlegung betrifft, die §§ 52 BGB und 301 Abs. 2 HGB sie speziell im Falle der Auflösung einer Gesellschaft erwähnen, so ist aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen zu entnehmen, daß der Schuldner auch die Pflicht zur Hinterlegung hat überall dort, wo ihm ein Recht dazu zusteht.[10])

δ) Beim Vorliegen zweier bestimmten Voraussetzungen endlich ist Sicherheitsleistung erforderlich; nämlich dann, wenn einerseits die Berichtigung einer Verbindlichkeit z. Zt. nicht ausführbar oder eine Verbindlichkeit streitig ist und andrerseits die Verteilung des Vermögens ungeachtet dieses Umstandes erfolgen soll.[11])

Abs. 3 unterscheidet sich also von Abs. 2 des § 301 darin, daß er die Sicherheitsleistung nicht unbedingt, sondern nur im Falle einer Verteilung des Gesellschaftsvermögens fordert, während Abs. 2 die Hinterlegung in den fraglichen Fällen ausdrücklich und ausnahmslos gebietet.

Nicht ausführbar ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit z. B. in dem Falle, daß die Verbindlichkeit betagt ist, so daß der Gläubiger die Leistung vor Fälligkeit nicht anzunehmen braucht und bei vorzeitigem Angebot die Leistung die Annahme auch tatsächlich verweigert.

Die Sicherheitsleistung ist nach den Vorschriften der §§ 232 ff. BGB zu bewirken. Es kann also Sicherheit durch Hinterlegung, durch Verpfändung von Rechten, beweglichen oder unbeweglichen Sachen, endlich auch durch Stellung eines tauglichen Bürgen geleistet werden. Falls die Generalversammlung nicht bestimmte Anordnungen trifft, haben die Liquidatoren die Wahl unter diesen verschiedenen Mitteln.

Bei streitigen Verbindlichkeiten müssen sie Sicherheit in der vollen Höhe der behaupteten Forderung stellen. Gegenüber einer gegenteiligen Ansicht ist immer davon auszugehen, daß der Gesetzgeber mit der in Frage stehenden Bestimmung die Gefährdung der Gläubiger völlig ausschließen wollte. Ein

---

[10]) vgl. zu § 301 Ring Nr. 3; Staub Anm. 5; a. M. Makower I b.
[11]) ähnlich § 52 Abs. 2 BGB.

solch völliger Ausschluß ist aber nur möglich, wenn der volle streitige Betrag sichergestellt ist.[12])

Aus der Natur der Sache folgt, daß keine Sicherheit dem gegeben zu werden braucht, welcher einen Anspruch auf Befriedigung aus einer Sache geltend macht, wenn ihm diese Sache auch nach Uebertragung des Vermögens haftet, z. B. denke man an eine Grundschuld; andernfalls würde ja diesem Gläubiger doppelte Sicherheit gewährt.[13])

Von § 301 Abs. 2 und 3 werden nicht betroffen die Verbindlichkeiten, welche durch die nach Beendigung der Liquidation vorzunehmenden Verwaltungsmaßnahmen (§ 302) entstehen. Die Liquidatoren müssen einen ausreichenden Betrag zu diesem Zweck zurückbehalten.[14])

§ 18.

gg) Die Ausantwortung des Vermögens.

1) Zeitpunkt der Ausantwortung. Erst wenn das Sperrjahr verstrichen, die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger erfolgt ist, darf die Uebertragung des Gesellschaftsvermögens an die Uebernehmerin erfolgen. Vor Ablauf der Sperrzeit darf sie selbst dann nicht erfolgen, wenn schon die Uebernehmerin ihre Gegenleistung, im Falle der Fusion also die Gewährung der eigenen Aktien, bewirkt hat. Jedoch wäre eine etwa vorzeitig erfolgte Aushändigung des Vermögens, obwohl gesetzwidrig, im Verhältnis der Gesellschaft zu dem Uebernehmer nicht nichtig; wohl aber wäre diese gesetzwidrige Ausantwortung gemäß § 135 Abs. 1 BGB

---

[12]) im obigen Sinne Makower § 301 Id u. f; s. dort auch Literatur; a. M. Pinner IV 3 und Ring Nr. 3 b, der ausführt, daß die Liquidatoren, erforderlichen Falls unter Benehmen mit dem Aufsichtsrat, nach verantwortlichem Ermessen zu bestimmen haben, welcher Betrag als vielleicht (?) geschuldet sicherzustellen ist. Und wenn nun die geschuldete Summe größer ist? Dann würde ja ein sehr kompliziertes Verfahren nachträglich eintreten müssen.

[13]) so Ring § 301 Nr. 3 b.

[14]) vgl. zu § 301 Makower I d; Ring Nr. 3 b.

den nicht befriedigten oder nicht sichergestellten Gläubigern gegenüber unwirksam. Weiterhin macht eine solche gesetzwidrige Ausantwortung die Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder haftbar. (Näh. unten Seite 81.)

Gesetzlich zulässig, obwohl praktisch nicht ohne Bedenken, ist dagegen, wie schon auf Seite 77 ausgeführt, die vorherige Ueberlassung der Geschäftsleitung.

2) Uebertragung der Firma. Regelmäßig erlischt die Firma mit Beendigung der Liquidation; die Liquidatoren haben das Erlöschen der Gesellschaftsfirma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. (§ 302 Abs. 1.) Es kann aber auch vereinbart sein, daß die Uebernehmerin die Firma mitübernimmt. Da nun die Firma Vermögensstück der übertragenden Gesellschaft ist, darf sie ebenso wie die anderen Vermögensgegenstände erst nach Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften der Uebernehmerin übertragen werden, m. a. Worten, vorher darf die übernehmende Gesellschaft diese Firma nicht führen. Sollte dies gesetzwidriger Weise doch geschehen, so müssen die Liquidatoren dagegen einschreiten. Würde die Uebernehmerin die Firma schon vorzeitig führen, so würden nach § 25 Abs. 1 damit auch die Forderungen der Gesellschaft den Schuldnern gegenüber als auf die Erwerberin übergegangen gelten. Es würden somit die Schuldner direkt an die Uebernehmerin zahlen, damit aber der in Liquidation befindlichen Gesellschaft möglicherweise die zur Abwicklung der Geschäfte erforderlichen Geldmittel entzogen werden.

Darf die Firma vor Ablauf des Sperrjahres von der Uebernehmerin nicht geführt werden, so ergibt sich als naturgemäße Folge, daß vorher die übernehmende Gesellschaft auch nicht als Inhaberin der Firma ins Handelsregister eingetragen werden darf.[1])

3) Folgen einer Uebertragung vor Ablauf der Sperrzeit. Oben betonten wir schon, daß eine Uebertragung des Vermögens vor Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften an

[1]) vgl. zu § 303 Ring Nr. 7; Staub Anm. 13; s. auch Seite 86 unter 1.

sich nicht ungültig, jedoch den nicht befriedigten Gläubigern gegenüber unwirksam ist.

Eine gesetzwidrige Ausantwortung macht die Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder verantwortlich. Zwar spricht § 241 Abs. 3 Ziff. 5, der gemäß der Bestimmung des § 298 Abs. 2 anwendbar ist, nur von „Verteilung" und „Zurückzahlung"; doch dürfen wir hier, in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung, der „Verteilung" im vorliegenden Falle den Begriff „Uebertragung" gleichstellen.[2]) Aus § 241 Abs. 3 Ziffer 5 und § 249 in Verbindung mit § 298 Abs. 2 haften demnach die Liquidatoren und die Mitglieder des Aufsichtsrates für den durch die gesetzwidrige Ausantwortung des Vermögens entstandenen Schaden, in erster Linie der Gesellschaft, weiterhin unter Umständen gemäß § 241 Abs. 4 auch den benachteiligten Gläubigern.

Die Denkschrift führt Seite 178 noch aus „und auch die Aktionäre haften, soweit sie ihren Anteil aus der Gegenleistung des Uebernehmens erhalten haben", das bedeutet im vorliegenden Falle, soweit die Aktionäre den ihnen zustehenden Betrag an Aktien erhalten haben. Eine dahingehende Regelung trifft § 217. Aber hiernach haften die Aktionäre nur, soweit sie die Gegenleistung „von der Gesellschaft", d. i. hier die in Liquidation befindliche Gesellschaft, erhalten haben. Eine Haftung der Aktionäre würde also schon in dem Falle nicht gegeben sein, wenn, was ja nach den Ausführungen auf Seite 56/57 ff. zulässig ist, die übertragende Gesellschaft mit der Uebernehmerin vereinbart hat, daß die zu gewährenden Aktien direkt an die Aktionäre der Uebertragerin ausgehändigt werden; dann bewirkt die Gegenleistung ja die übernehmende Gesellschaft. Es könnte dann aber immerhin von den Gläubigern eine Klage aus § 812 BGB geltend gemacht werden.[3]) Ferner ist aber zu beachten, daß diese Haftung der Aktionäre im Falle der Fusion im Sinne des § 305 schon aus dem Grunde kaum in Frage kommen kann, weil die übernehmende Gesellschaft die Aktien überhaupt erst nach Ueber-

[2]) so zu § 303 Goldmann Ziff. 17; Makower III d 3; Ring Nr. 7.
[3]) vgl. zu § 303 Goldmann Ziff. 13; Makower III d 3; Ring Nr. 7.

tragung des Vermögens aushändigen darf, also erst dann, wenn eine „gesetzmäßige" Uebertragung stattgefunden hat.

4) Nicht geht mit Beendigung der Liquidation das Vermögen der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über.[4]) Dies folgt schon daraus, daß das Gesetz eine Gesamtnachfolge nur in zwei Fällen kennt und dies besonders zum Ausdruck bringt, nämlich nur in den §§ 304 und 306. Bei einer Fusion im Sinne des § 305 müssen die einzelnen Vermögensgegenstände auch einzeln nach allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches übertragen werden; es müssen also die beweglichen Gegenstände übergeben, die Grundstücke aufgelassen, Forderungen abgetreten, Wechsel indossiert werden usw.

Mit der in dieser Weise erfolgten Aushändigung des gesamten Vermögens hört die Existenz der übertragenden Gesellschaft auf. Ihre Aktiva gehören von nun an der übernehmenden Gesellschaft, welche auch für etwa noch vorhandene Passiva haftet. Die Aktionäre der untergegangenen Gesellschaft erhalten die Aktien der übernehmenden Gesellschaft, erhalten damit alle Rechte der Aktionäre der Uebernehmerin (Stimmrecht usw.) und sind in jeder Beziehung den bisherigen Aktionären der übernehmenden Gesellschaft gleichgestellt.

§ 19.

hh) Haftung der übernehmenden Gesellschaft für die Schulden der übertragenden Gesellschaft.

Ueber die Haftung der Uebernehmerin gegenüber den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft trifft weder § 305 noch § 303 eine Bestimmung, wohl deshalb nicht, weil die Liquidatoren in der Liquidationszeit auch für eine Deckung der Passiva bezw. für eine Sicherstellung der Gläubiger, welche noch nicht befriedigt werden können, Sorge zu tragen haben, so daß kaum noch Raum bleibt für eine Haftung der übernehmenden Gesellschaft. Es muß also in dieser Hinsicht

[4]) s. Lehmann 535 Anm. 1; zu § 303 Staub Anm. 17; Dorst 228.

auf die allgemeinen Bestimmungen des Handels- und des Bürgerlichen Gesetzbuches zurückgegriffen werden.

Da die Parteien des Fusionsvertrages die Uebertragung bezw. Uebernahme eines ganzen Vermögens vereinbart haben, so kommt bezüglich der Haftung der übernehmenden Gesellschaft vor allem § 419 BGB in Betracht, der im Abs. 1 lautet: „Uebernimmt Jemand durch Vertrag das Vermögen eines Anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrages an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Uebernehmer geltend machen." Es folgt daraus ein zweifaches, die Gläubiger können sich, wie sich von selbst ergibt, an die in Liquidation befindliche Gesellschaft halten, weiterhin können sie aber auch Befriedigung von der Uebernehmerin verlangen. Letztere haftet also „neben" der Liquidationsgesellschaft als Gesamtschuldnerin (kumulative Haftung).

Der Uebergang der Passiven vollzieht sich mit Abschluß des Fusionsvertrages; vorausgesetzt, daß er gültig und rechtswirksam geschlossen ist, z. B. gerichtlich oder notariell beurkundet ist. Die Haftung der Uebernehmerin tritt ein ganz unabhängig davon, ob die Uebertragung des Vermögens erfolgt ist oder nicht.[1]) Jedoch ist die Haftung des Uebernehmers nach § 419 Abs. 2 BGB beschränkt auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche; und falls sich der Uebernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung beruft, haben die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 BGB entsprechende Anwendung zu finden.

Da nun vor Ablauf der Sperrzeit das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nicht ausgeantwortet werden darf,

---

[1]) so zu § 303 Goldmann Ziff. 7; Ring Nr. 8; Staub Anm. 16 und § 305 Anm. 26; Planck § 419 Anm. 1; auch Rehm § 118 IV B. ff., der ausführt, daß die Schulden der übertragenden Gesellschaft vom Vertragsabschluß an in das Passivum der übernehmenden Gesellschaft einzustellen seien, aber doch nur mit einem niedrigeren Wertsatze; a. M. Pinner § 303 III 4 b, welcher die übernehmende Gesellschaft erst mit Ablauf des Sperrjahres haften läßt.

so haftet die Uebernehmerin zunächst also nur mit ihrem Anspruch auf Herausgabe des Vermögens, der erst nach Erledigung der Schutzvorschriften des § 301 erfüllt werden darf. [2])

Vor Ablauf der Sperrzeit haftet die Uebernehmerin über diesen Anspruch hinaus nur, wenn ihr gesetzwidrig schon Vermögensgegenstände der übertragenden Gesellschaft ausgehändigt worden sind.

Diese Haftung der Uebernehmerin nach § 419 BGB, welche also nicht die Folge einer Gesamtnachfolge oder eine Schuldübernahme [3]) darstellt, kann nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden. (§ 419 Abs. 3 BGB.)

Wir haben hier also den eigenartigen Fall, daß der Fusionsvertrag bei einer Fusion im Sinne des § 305 nicht sofort den Uebergang der Aktiva, wohl aber der Passiva mit sich bringt. Auf den ersten Blick erscheint die Uebernehmerin erheblich schlechter gestellt zu sein als die Uebertragerin. Es ist jedoch zu bedenken, daß während des Sperrjahres die Gläubiger der untergehenden Gesellschaft befriedigt oder zum Mindesten sichergestellt werden, eine Haftung der übernehmenden Gesellschaft also höchst selten praktisch wird, etwa dann, wenn später ein bisher unbekannter Gläubiger auftaucht.

Eine weitere und erweiterte Haftung kann sich auch aus § 25 HGB ergeben. Derselbe schreibt vor, daß derjenige, welcher ein Handelsgeschäft unter Lebenden erworben hat und es unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers haftet. Jedoch auch diese Haftung wird selten praktisch werden, da bis zum Ablauf des Sperrjahres die Firma nicht übertragen und von der Uebernehmerin nicht geführt werden darf, die Ausantwortung des

---

[2]) vgl. zu § 303 Makower IV b; Staub Anm. 26; Ring Nr. 8; Rehm § 118 IV b; bei Letzterem s. auch Einzelheiten über die Bilanzierung dieses Anspruches auf Ausantwortung des Gesellschaftsvermögens; vgl. auch §§ 780, 781 ZPO.

[3]) so Planck § 419 Anm. 1; Goldmann Ziff. 7 zu § 303.

Vermögens einschließlich der Firma vielmehr erst erfolgen darf, nachdem die Gläubiger der Liquidationsgesellschaft befriedigt oder sichergestellt sind. Führt aber die Uebernehmerin gesetzwidrig die Firma schon vor Ablauf der Sperrzeit, dann haftet sie unbeschränkt für die Schulden der übertragenden Gesellschaft. An sich kann diese Haftung gemäß § 25 Abs. 2 durch Eintragung der abweichenden Vereinbarung ins Handelsregister oder durch besondere Mitteilung an Dritte ausgeschlossen werden; dabei ist im vorliegenden Falle aber weiter zu beachten, daß eine völlige Ausschließung dieser Haftung nach § 419 Abs. 3 BGB nicht möglich ist; eine solche Vereinbarung ist nichtig. — Auch die Haftung aus § 25 kann vor allem praktisch werden, wenn sich nach Ablauf der Sperrzeit ein bisher unbekannter Gläubiger meldet. In diesem Falle kämen dann die §§ 419 BGB und § 25 HGB konkurrierend in Betracht.

Führt aber die Uebernehmerin die Gesellschaft ohne Firma zusammen mit ihrem Betriebe weiter, so haftet sie für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten der untergegangenen Gesellschaft nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von der Uebernehmerin bekannt gemacht worden ist, wohlverstanden nach der Vorschrift des § 25 Abs. 3.[4]) Ganz unberührt bleiben davon die Vorschriften des § 419 BGB.

§ 20.

ii) Maßnahmen nach Beendigung der Liquidation.

1) Die Liquidation ist erst beendigt, wenn über alle Bestandteile des Gesellschaftsvermögens endgültig verfügt ist, z. B. kann von einer Beendigung der Liquidation noch keine Rede sein, wenn Sicherheit geleistet werden mußte und der Streit über die Verbindlichkeit noch nicht erledigt ist.[1])

[4]) vgl. auch die §§ 414, 415 BGB; auch RG 50, 120; 8, 64; 17, 98.
[1]) vgl. zu § 302 Makower I; Ring Nr. 1.

Vor allem müssen die Liquidatoren noch eine Schlußrechnung legen. (§ 302 Abs. 1.) Darunter ist nicht etwa eine Schlußbilanz zu verstehen,[2]) welche in diesem Zeitpunkt ganz sinnlos wäre, wenigstens dann, wenn es sich um eine gewöhnliche Liquidation handelt. Die Schlußrechnung ist in diesem Falle nur eine Gewinn- und Verlustrechnung für die Zeit, welche seit der letzten Aufstellung der Bilanz, bei der ja auch eine Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen ist, verflossen ist. — Im vorliegenden Falle jedoch, wo ein Vermögen als Ganzes übertragen wird, der Betrieb der untergegangenen Gesellschaft von der Uebernehmerin fortgesetzt wird, würde es sich doch wohl empfehlen eine, wie es Rehm anläßlich der Umwandlung einer Aktiengesellschaft nennt (§ 13 I), „stellvertretende Liquidationsschlußbilanz" nach den Vorschriften des § 40 aufzustellen. Zu legen wäre diese Rechnung der Generalversammlung; dieselbe müßte, da wir dann eine Art Bilanz annehmen, diese „genehmigen", nicht bloß von ihr „Kenntnis nehmen";[3]) sie hat dann auch den Liquidatoren Entlastung zu erteilen. (§ 260 Abs. 1.)

2) Anmeldung des Erlöschens der Gesellschaftsfirma. Es ist aus dem Wortlaut des § 302 Abs. 1 zu entnehmen, daß mit Beendigung der Liquidation die Firma eo ipso erlischt,[4]) es sei denn, daß, was denkbar und statthaft ist, die Firma mit dem gesamten Vermögen zusammen übertragen werden sollte. Das Erlöschen der Firma ist von den Liquidatoren anzumelden, jedoch bedarf es dabei nicht der Anmeldung durch sämtliche Liquidatoren, sondern nur durch so viele, als satzungsgemäß zur rechtsverbindlichen Abgabe von Willenserklärungen erforderlich sind.[5]) Der Anmeldung ist beizufügen, da sie erst nach Beendigung der Liquidation und nach Legung der Schlußrechnung zu erfolgen hat (§ 302 Abs. 1 Teilsatz 1), erstens die von der Generalversammlung gebilligte Schlußrechnung, welche in dem gemäß § 259 geführten Ge-

---

[2]) Makower a. a. O.
[3]) zu § 302 Makower II b; Ring Nr. 1 unter „Schlußrechnung".
[4]) so Makower § 302 III a.
[5]) zu § 302 Makower III b; Ring Nr. 2; Staub Anm. 6.

neralversammlungsprotokoll enthalten ist. Bezüglich des Nachweises der Beendigung der Liquidation erklären die einen[6]) es für ausreichend, wenn die Liquidatoren eine dahingehende Erklärung abgeben; andere[7]) verlangen den Nachweis, daß das Sperrjahr abgelaufen ist; der Registerrichter müsse in der Lage sein, dies nachzuprüfen.

Nach § 14 ist die Anmeldung durch Ordnungsstrafen erzwingbar; falls sie auf diese Weise nicht herbeigeführt werden kann, ist sie von Amtswegen vorzunehmen. (§ 31 Abs. 2.) Eingetragen wird, daß die Firma „erloschen" ist, nicht, daß die Liquidation beendigt ist; die erfolgte Eintragung ist gemäß § 10 vom Registergericht bekannt zu machen. Für den Fall, daß die Firma mit übertragen wird, ist, da sie von nun an von einer anderen Gesellschaft geführt wird, eine entsprechende Eintragung im Handelsregister vorzunehmen.[8])

3) Aufbewahrung der Bücher. (§ 302 Abs. 2.) Die Bücher und Papiere der Gesellschaft sind zur Aufbewahrung zu hinterlegen. Diese Verpflichtung besteht aber nur hinsichtlich solcher Bücher, welche z. Zt. der Liquidationsbeendigung der Gesellschaft gehören; eine Hinterlegung ist demnach nicht erforderlich für jene Bücher, die mit dem Geschäft an den Uebernehmer veräußert sind.[9]) Bei einer Fusion wird wohl die größte Zahl der vorhandenen Geschäftsbücher regelmäßig mitveräußert sein oder als mitveräußert gelten. Jene Bücher aber, für welche dies nicht zutrifft, sind „an sicherem Ort" zur Aufbewahrung zu hinterlegen. Aus der Wortfassung geht hervor, daß es sich hier nicht um ein Hinterlegen im Sinne der §§ 372 ff. BGB bei einer Hinterlegungsstelle handelt, sondern der Gesetzgeber eine gewöhnliche Verwahrung (§§ 688 ff. BGB) meint.[10]) Bei einer Fusion würde das Gericht wohl, das ja den „sicheren Ort" zu bestimmen hat, praktischerweise bestimmen, daß die in Frage kommenden Bücher bei der übernehmenden Gesellschaft niedergelegt

[6]) vgl. zu § 302 Ring Nr. 2; Makower III b; Goldmann Anm. 3; für den Nachweis u. a. Pinner Anm. 3; Staub Anm. 6.

[7]) so zu § 302 Ring Nr. 2; Makower III b.

[8]) so zu § 302 Makower IV a; Ring Nr. 3; RG 43, 134.

[9]) Makower § 302 IV c; Ring a. a. O.

werden. Bedenken gegen die Sicherheit dieses Ortes würden wohl kaum vorliegen; eine solche Anordnung würde weiterhin den Vorteil haben, daß Kosten für die Aufbewahrung nicht entstehen.

Die Aufbewahrung muß zehn Jahre dauern; es ist mit Ring anzunehmen, daß die Frist vom Tage der Hinterlegung, nicht seit Beendigung der Liquidation läuft.[10])

Die Hinterlegung haben die Liquidatoren zu bewirken, welche durch Ordnungsstrafen dazu angehalten werden können. (§ 319 Abs. 1.)

4) Einsicht in die Bücher. Aktionäre und Gläubiger können zur Einsicht der Bücher und Papiere von dem Gericht des Sitzes ermächtigt werden. Dieses Verfahren ist, ebenso wie das für die Anordnung der Hinterlegung in Frage kommende Verfahren, in den §§ 145, 146 FGG geregelt. Da die Gesellschaft untergegangen ist, so sind mit dem Ausdruck „Aktionäre" nur die früheren Aktionäre jener Gesellschaft gemeint. Streitig ist aber, ob zur Einsichtnahme in die Bücher nur jene Personen zuzulassen sind, welche in dem Augenblick Aktionäre waren, als die Gesellschaft unterging, oder ob auch deren Rechtsnachfolger und gar Rechtsvorgänger zur Einsicht ermächtigt werden können.[11])

„Gläubiger" sind alle die, welche Gläubigerrechte haben, unabhängig davon, ob sie diese Rechte während der Liquidation schon geltend gemacht haben oder nicht.

Nicht aber haben Aktionäre und Gläubiger ein „Recht" auf Einsichtnahme. Sie müssen ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen (§ 34 FGG); das Gericht hat darüber in eine Prüfung einzutreten. Bei Ablehnung des Antrages kann der Antragsteller sofortige Beschwerde und eventl. weitere

---

[10]) so Ring § 302 Nr. 3; Makower IV d läßt mit Rücksicht auf § 44 die Frist seit der letzten Eintragung laufen; wie Ring auch Staub Anm. 9.

[11]) Die weitere Auslegung befürworten Ring § 302 Nr. 4; Pinner Anm. V; dagegen wenden sich Esser § 302 Anm. 3; Makower V a; Staub Anm. 11. vertritt nunmehr auch die erstere Auffassung, welche zu bevorzugen ist.

sofortige Beschwerde einlegen. (§§ 146 Abs. 2, 29 Abs. 2 FGG.[12]) — Ist der Antragsteller zur Einsichtnahme ermächtigt worden, verweigert aber der Verwahrer die Einsicht, so kann der Antragsteller auf Gestattung der Einsichtnahme klagen.[13]) — Wer die Ermächtigung zur Einsichtnahme erhalten hat, darf sich Notizen machen, Abschriften nehmen 2c.[14])

Von einer Besprechung des Verfahrens bei Wiederaufnahme der Liquidation, wie es § 302 Abs. 4 vorsieht, kann hier abgesehen werden, da bei einer Fusion das später noch hervortretende Vermögen der untergegangenen Gesellschaft naturgemäß an die Uebernehmerin fällt; denn diese übernahm seinerzeit das „ganze" Vermögen.

b) Bei der „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" (§ 306).

§ 21.

aa) Die Vereinbarung der Liquidationsausschließung.

1) Schon früher hoben wir hervor, daß nach geltendem Recht, im Gegensatz zum früheren Handelsrecht, die Fusion sich auf zweierlei Weise vollziehen kann, einmal so, daß eine Verschmelzung des Vermögens erst nach Beendigung der Liquidation der übertragenden Gesellschaft eintritt, zweitens in der Weise — und das bildet in der Praxis den Regelfall — daß die Verschmelzung der Vermögen sofort mit Rechtswirksamwerden des Fusionsvertrages sich vollzieht. Diesen Regelfall: „Fusion im engeren Sinne", behandelt § 306.

2) Hinsichtlich der Parteien, des Gegenstandes der Uebernahme, der Gegenleistung usw. gelten die gleichen Voraus-

---

[12]) so Ring § 302 Nr. 4; Makower V b läßt die sofortige Beschwerde zu, doch lehnt er die weitere sofortige Beschwerde auf Grund des § 27 FGG ab, da die Abweisung auf einer Feststellung beruhe.

[13]) so Makower § 302 V b; Staub Anm. 14; Ring Nr. 4; letztere betonen, daß möglicherweise das Landesrecht dem Registergericht das Recht gebe, der Ermächtigung durch die Zulässigkeit der Anwendung von Gewalt Nachdruck zu verschaffen (z. B. Art. 17 Pr. FGG); a. M. Makower a. a. O.

[14]) KGJ 7, 99 ff; Ring und Makower a. a. O.

setzungen wie bei der Fusion des § 305; zur Rechtswirksamkeit des Fusionsvertrages ist auch hier erforderlich der Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft und eventl. ein Grundkapitalserhöhungsbeschluß auf seiten der Uebernehmerin. Es kann also auf das in den §§ 5—11 Gesagte Bezug genommen werden. Falls aber eine Fusion im Sinne des § 306 gewollt ist, kommt zu den Momenten des § 305 noch eins hinzu, nämlich die Vereinbarung der Parteien, daß eine Liquidation über das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nicht stattfinden soll.

3) Diese Vereinbarung kann, ebenso wie der Fusionsvertrag, auch noch geschlossen werden, wenn die übertragende Gesellschaft schon in Liquidation ist. Es gilt in diesem Falle als vereinbart, daß mit Wirksamwerden dieser Abrede eine weitere Liquidation unterbleiben soll.[1]) Diese, die Liquidation ausschließende Vereinbarung kann mit dem Fusionsvertrag verbunden, aber auch besonders getroffen werden.[2]) In ersterem Falle ist die Vereinbarung nur ein Teil des Fusionsvertrages, in letzterem Falle ein wirklich selbständiger Vertrag.

4) Die Vereinbarung der Liquidationsausschließung unterliegt nicht der Formvorschrift des § 311 BGB.[3]) Wird sie also selbständig neben dem Fusionsvertrag getroffen, so braucht sie an sich nicht gerichtlich oder notariell beurkundet zu sein. Wie wir später sehen werden, ergibt sich aber die Beurkundung aus dem Umstande, daß der Registerrichter die Rechtmäßigkeit des Ausschließungsbeschlusses und damit auch die Vereinbarung selbst prüfen muß. (Seite 98/99.)

5) Ist nun zwischen den Parteien vereinbart worden, daß eine Liquidation unterbleiben soll, so finden nach ausdrücklicher Bestimmung des § 306 Abs. 1 die Vorschriften des § 304 über die sogen. Verstaatlichung entsprechende Anwendung.

α) Daraus folgt zunächst, daß auch zu der Vereinbarung der Liquidationsausschließung ein Zustimmungs-

[1]) vgl. zu § 306 Goldmann Ziff. 3; Ring Nr. 1; Staub Anm. 1.
[2]) vgl. zu § 306 Goldmann Ziff. 2; Ring Nr. 2; Makower II b.
[3]) so Goldmann und Ring a. a. O.; Makower § 304 II.

beschluß der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist. Auch dieser Zustimmungsbeschluß unterliegt den Erfordernissen des § 303 Abs. 1 Satz 2; er erfordert also eine ¾-Mehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals; auch hier kann das Statut nur noch schärfere, nicht aber leichtere Erfordernisse aufstellen. Der zustimmende Beschluß der Generalversammlung kann vorhergehen oder nachfolgen. Im Einzelnen sei verwiesen auf § 10 Nr. 1, 5, 6, 8.

β) Entsprechend der Vorschrift des § 304 Abs. 3 ist der Zustimmungsbeschluß zu der Ausschließung der Liquidation zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. War die übertragende Gesellschaft in Liquidation, als sie den Ausschließungsbeschluß faßte, so ist naturgemäß nur noch die Vereinbarung der Liquidationsausschließung anzumelden, da die Auflösung schon eingetragen ist. In der Regel ist aber die Vereinbarung in dem Fusionsvertrag mit enthalten, und es wird gewöhnlich zugleich über die Gesamtübertragung und die Ausschließung der Liquidation Beschluß gefaßt; sie sind demgemäß auch zugleich anzumelden. Das Gesetz führt diesen Regelfall auch allein an.

Bezüglich der Anmeldung gelten die allgemeinen Bestimmungen. Der Liquidationsausschließungsbeschluß ist demnach bei dem Gericht des Sitzes der Gesellschaft und dem der Zweigniederlassung anzumelden (§ 13) und zwar durch den Vorstand, für den Fall, daß die übertragende Gesellschaft schon in Liquidation war, durch die Liquidatoren. Jedoch brauchen nicht sämtliche Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren diese Anmeldung vorzunehmen, sondern nur so viele, als zur rechtsverbindlichen Abgabe von Willenserklärungen allgemein erforderlich sind.[1]) Nicht kann die Anmeldung des in Frage stehenden Beschlusses durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. § 319 Abs. 2 nimmt ausdrücklich § 304 Abs. 3 aus.

Als Anlage ist der Anmeldung gemäß § 304 Abs. 3 Teilsatz 2 der mit der Uebernehmerin abgeschlossene Vertrag

[1]) zu § 304 Makower V b; Ring Nr. 3.

in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Sinngemäß ist hier unter „Vertrag" sowohl der Fusionsvertrag als auch der Liquidationsausschließungsvertrag zu verstehen,[5]) die regelmäßig auch in einer Urkunde enthalten sein werden. Durch diese Beifügung soll es dem Registerrichter ermöglicht werden, wie der Denkschrift Seite 180 zu entnehmen ist, die Rechtsgültigkeit des Vertrages und des Beschlusses zu prüfen.

Hieraus ergibt sich, wie oben schon hervorgehoben wurde, die Notwendigkeit der Beurkundung auch der die Liquidation ausschließenden Vereinbarung; denn wenn der Registerrichter die Rechtmäßigkeit des zustimmenden Beschlusses der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft prüfen soll, so muß er auch in die Lage versetzt werden, die Vereinbarung selbst prüfen zu können. Diese ist also im Wortlaut mit vorzulegen.

Man gibt dem Registerrichter das Nachprüfungsrecht, um zu verhindern, daß der Ausschließungsbeschluß, von dessen Eintragung die Gesamtnachfolge abhängt, eingetragen wird, bevor auch die Uebernehmerin an den Fusionsvertrag gebunden ist. Die übernehmende Gesellschaft wird nun aber, im Falle sie das Grundkapital anläßlich der Fusion erhöht, erst mit der Eintragung des die Erhöhung festsetzenden Beschlusses gebunden.[6]) Es ist daher anzunehmen, daß bei Anmeldung des die Liquidation ausschließenden Beschlusses, abgesehen vom Veräußerungsvertrage, auch eine Urkunde der Anmeldung beizufügen ist, welche den Nachweis erbringt, daß die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses der Uebernehmerin erfolgt ist oder aber zum Mindesten gleichzeitig erfolgt.[7]) Es darf also der Beschluß nicht angemeldet werden, solange nicht der Erhöhungsbeschluß der übernehmenden Gesellschaft einge-

[5]) vgl. zu § 304 Goldmann Ziff. 5; Makower V f; zu § 306 Ring Nr. 3; Staub Anm. 9.

[6]) s. oben Seite 44.

[7]) so zu § 306 Ring Nr. 3; Makower III a 3.

tragen worden ist oder gleichzeitig eingetragen wird.*) Daraus ergibt sich auch gleich die Reihenfolge der Anmeldungen und Eintragungen: 1. Auflösung, 2. Erhöhungsbeschluß, 3. Liquidationsausschließungsbeschluß und 4. durchgeführte Erhöhung. Die Anmeldung und Eintragung zu 3 darf nicht vor der zu 2 stattfinden; es ist auch zu berücksichtigen, daß sowohl zu 2 und 3 als auch zu 2 und 4 die Anmeldungen verbunden werden können, in dieser Reihenfolge sich also immer noch eine kleine Verschiebung ergeben kann. Doch ist stets daran festzuhalten, daß der Ausschließungsbeschluß unter keinen Umständen vor dem Kapitalserhöhungsbeschluß, höchstens gleichzeitig mit ihm eingetragen werden „darf".

Unterstützt wird die hier vertretene Ansicht, wenigstens für den Fall, daß beide Gesellschaften dem gleichen Registergericht unterstehen, durch die Ausführungen der Denkschrift

---

*) In diesem Sinne Rehm § 118 III E; zu § 306 Esser Nr. 1; Goldmann Ziff. 4; im allgemeinen auch so Pinner III. Er weicht nur ab für den Fall, daß die übernehmende G. ihr bisheriges Grundkapital noch nicht voll eingezahlt hat. Für diesen Fall sei nicht nur die Eintragung des Ausschließungsbeschlusses durch Eintragung des Erhöhungsbeschlusses bedingt, sondern die Kapitalserhöhung sei, falls sie gem. § 305 Abs. 1 ohne Beobachtung des § 278 Abs. 1 erfolgen solle, auch durch die rechtsgültige Eintragung der Auflösung bedingt. Daher müßten im Falle des § 306 die Eintragungen der beiden G'beschlüsse gleichzeitig erfolgen. Einzelanträge müsse der Registerrichter als unzulässig ablehnen. Gehörten die beiden G. zu verschiedenen Gerichten, so müsse das Gericht der aufgelösten G. zunächst die Auflösung eintragen und den Beteiligten aufgeben, den Nachweis der Eintragung der erfolgten Kapitalserhöhung binnen angemessener Frist nachzubringen, widrigenfalls müsse der Richter die schon vorgenommene Eintragung nach § 149 FGG löschen. Demgegenüber betonen sowohl Ring § 306 Nr. 3 als auch Staub Anm. 3, daß der Kapitalserhöhungsbeschluß bei keiner Gelegenheit durch den Auflösungsbeschluß der übertragenden G. bedingt sei. Ring führt, u. E. jeden Zweifel behebend, aus: „Vielmehr hat die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses ohne Rücksicht hierauf (= Bindung der übertragenden G.) selbst dann zu erfolgen, wenn das bisherige Grundkapital noch nicht voll geleistet ist; die Befreiung von der Vorschrift des § 278 Abs. 1 gemäß § 305 Abs. 1 ergibt sich alsdann aus der nach § 279 notwendigen Festsetzung über die Einbringung des Vermögens der anderen G." Diese Ansicht verdient vor der Pinner'schen den Vorzug.

auf Seite 180: „Da die Eintragung einen für beide Gesellschaften bindenden Vertrag voraussetzt,[9]) so bedarf es keiner besonderen Vorschrift dahin, daß die Eintragung nur geschehen kann, wenn sowohl der Generalversammlungsbeschluß der aufgelösten Gesellschaft als der durch die Erhöhung des Grundkapitals der anderen Gesellschaft bedingte Genehmigungsbeschluß der Generalversammlung dieser Gesellschaft bei dem Registergericht angemeldet sind. Das Registergericht hat die Rechtsgültigkeit beider Beschlüsse zu prüfen und demnächst die Eintragung für beide Gesellschaften gleichzeitig vorzunehmen."

Die Denkschrift setzt also irrtümlicherweise — und dadurch leider die Frage nicht völlig klärend — für beide Gesellschaften immer dasselbe Registergericht voraus, was durchaus nicht immer in der Praxis zutrifft. Wenn verschiedene Registergerichte zuständig sind, so ist zuerst der Erhöhungsbeschluß der Uebernehmerin bei dem in Frage kommenden Gericht anzumelden und in das Handelsregister einzutragen; dann erst ist der Liquidationsausschließungsbeschluß bei dem Gericht der übertragenden Gesellschaft anzumelden und einzutragen.

Dieser Ansicht widerspricht Staub,[10]) obwohl er die von der Gegenseite angeführten Gründe für sehr beachtlich erklärt. Er führt etwa folgendes aus: Allerdings ist es richtig, daß der Fusionsvertrag erst durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses rechtsgültig wird; es ist auch richtig, daß mit der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses die übertragende Gesellschaft aufgelöst ist, bevor überhaupt feststeht, daß der Veräußerungsvertrag rechtlich wirksam wird. Es ist aber unrichtig, daraus zu folgern, daß der Liquidationsausschließungsbeschluß durch den Erhöhungsbeschluß bedingt ist. Der nach § 306 Abs. 1 entsprechend anwendbare § 304 Abs. 3 schreibt nur vor, daß der Fusionsvertrag mit vorzulegen ist. Demnach kann auch für den Fall des § 306 nicht mehr ge-

---

[9]) Die Denkschrift verweist an dieser Stelle auf § 295 Abs. 1, 3, dem heutigen § 304.

[10]) vgl. Staub § 306 Anm. 6.

fordert werden, als § 304 Abs. 3 verlangt. Die Gefahr der Auflösung trotz nicht gesicherter Perfektion des Fusionsvertrages kann die Gesellschaft durch Fassung eines bedingten Beschlusses abwenden; eventl. kann sie sich nach § 307 zurückbilden. — Staub hält sich also streng am Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen. Dennoch möchten wir aus praktischen Erwägungen heraus der ersten hier angeführten Ansicht das Wort reden; es ist dies unbedenklich, da § 306 Abs. 1 nur von einer „entsprechenden" Anwendung der Bestimmungen des § 304 spricht.

Gemäß § 304 Abs. 4 hat der zustimmende Beschluß der Generalversammlung zu der Vereinbarung, daß eine Liquidation nicht stattfinden soll, erst Wirkung von der Eintragung ins Handesregister ab.

§ 22.

bb) Rechtswirksamer Abschluß des Fusionsvertrages.

Durch das Hinzutreten der Vereinbarung auf Liquidationsausschließung ist der Zeitpunkt, in dem der Fusionsvertrag für beide Parteien rechtswirksam abgeschlossen ist, gegenüber dem bei einer Fusion im Falle des § 305 etwas verschoben. An sich ist zwar die Wirksamkeit des Beschlusses über die Vermögensübertragung im Ganzen nicht von der Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses abhängig. Doch wird hier regelmäßig anzunehmen sein, daß der Beschluß auf Vermögensübertragung erst wirksam werden soll mit dem Augenblick, mit welchem der Liquidationsausschließungsbeschluß wirksam wird, d. h. also mit dessen Eintragung. Es ist daher für den Fall, daß der Ausschließungsvertrag nur ein Teil des Fusionsvertrages ist oder gleichzeitig mit ihm abgeschlossen wird, im Zweifel als Absicht der Parteien anzunehmen, daß die Zustimmung der Generalversammlung der Uebertragerin zum Fusionsvertrage durch die Eintragung der Liquidationsausschließung bedingt sein soll, die Wirkungen also erst mit dieser Eintragung eintreten sollen; [1]) denn ohne eine solche Annahme würde, da der Ueber-

[1]) vgl. zu § 306 Ring Nr. 2; auch Makower III b 1.

tragungsbeschluß regelmäßig Wirksamkeit erlangt, sobald er gefaßt wird, die Vereinbarung auf Liquidationsausschließung aber erst mit der Eintragung wirksam wird, doch noch eine Liquidation bis zur erfolgten Eintragung des Ausschließungsbeschlusses eintreten.

Es erübrigt sich, hier noch einmal die Akte zu wiederholen, welche den Fusionsvorgang ausmachen. Es mag an dieser Stelle nur noch einmal hervorgehoben werden, daß die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft noch der Liquidationsausschließung zustimmen und daß dieser Beschluß zu seiner Wirksamkeit eingetragen sein muß. Im übrigen ist auch hier [2]), der besseren Uebersicht halber, die Frage, wann der Fusionsvertrag rechtswirksam abgeschlossen, die Verschmelzung also eingetreten ist, unter den beiden Gesichtspunkten zu behandeln, ob eine Kapitalserhöhung anläßlich der Fusion erforderlich ist oder nicht. Also wann ist die Fusion perfekt,

a) falls das Grundkapital der übernehmenden Gesellschaft nicht erhöht wird?

Diese Frage läßt sich für die Fusion im Sinne des § 306 leicht beantworten; es finden ja in diesem Falle die Vorschriften des § 304 entsprechende Anwendung, also auch die des Abs. 5. Demnach gilt mit der Eintragung des Beschlusses — es ist hier unter „Beschluß" sowohl der Zustimmungsbeschluß zum Fusionsvertrag als auch der zur Liquidationsausschließung zu verstehen — der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt; in diesem Augenblick erlischt die Firma. [3])

b) Das Grundkapital erhöht wird.

Hier sind die Meinungen ebenso geteilt wie im Falle des § 305. Die Meinung der einen Partei ging dahin, daß die „Fusion ohne sofortige Verschmelzung" perfekt sei mit der Eintragung des Er-

[2]) vgl. oben Seite 61/62 ff.

[3]) so Rehm § 118 IV A 1. Es läßt sich die gleiche Ansicht aus den Ausführungen Rings § 306 Nr. 4 entnehmen, der eine abweichende Stellung nur hinsichtlich des Falles einnimmt, daß die übernehmende Gesellschaft anläßlich der Fusion ihr Kapital erhöht.

höhungsbeschlusses. Sie folgern weiter: für die Fusion im Sinne des § 306 kommt noch die Liquidationsausschließung hinzu. Da diese erst noch der Zustimmung der Generalversammlung der Uebertragerin bedarf und dieser Beschluß erst mit der Eintragung wirksam wird, so lassen sie die Perfektion der Fusion im Falle des § 306 eintreten, wenn der Beschluß auf Liquidationsausschließung eingetragen ist. Diese Folgerung ergebe sich aus der entsprechenden Anwendung des § 304 Abs. 5. Für die Vertreter dieser Ansicht ist also das entscheidende Moment die Vereinbarung der Liquidationsausschließung. Wenn sie rechtlich wirksam geworden ist, dann ist nach ihrer Ansicht auch der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden erfolgt.[4])

Die Gegenseite geht auch hier weiter. Zu der Schließung des Veräußerungsvertrages, der Fassung und Eintragung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse — 1. Zustimmungsbeschluß der Uebertragerin zum Fusionsvertrage und zu der Liquidationsausschließung, 2. Erhöhungsbeschluß der Uebernehmerin — müsse noch die Eintragung der durchgeführten Erhöhung treten; erst mit letzterer vollziehe sich die Verschmelzung der beiden Gesellschaftsvermögen. Die Hinausschiebung des Eintritts der Gesamtnachfolge wird auch hier[5]) damit begründet, daß eine Trennung des vermögensrechtlichen und des persönlich-rechtlichen Substrats undenkbar sei bezw. zu einem äußerst bedenklichen Schwebezustand führen müsse. Weiterhin wird zur Rechtfertigung dieser Stellungnahme von der Gegenseite angeführt, daß § 304 Abs. 5 nur „entsprechend" anzuwenden sei. Im Falle des § 306 stehe der übertragenden Gesellschaft als Gegenkontrahentin nicht, wie bei der sogen. Verstaatlichung, ein Verband des öffentlichen Rechts gegenüber, der durch sich selbst in jeder Hinsicht genügend Garantie biete, sondern ein Aktienverein gegenüber, dessen Grundkapital zur Durchführung der Fusion zu erhöhen sei und in

[4]) so Gareis 253; zu § 306 Makower III b 1; Pinner Anm. III, welcher u. a. ausführt, daß die Anmeldung der erfolgten Erhöhung lediglich formell sei.

[5]) vgl. Seite 63 ff.

dem Zeitpunkt, in welchem der Uebergang des Vermögens der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft als bewirkt zu gelten habe, erhöht sein müsse.*)

Diese Gründe verdienen sicher Beachtung, dennoch halten wir sie nicht für durchschlagend. Auf Seite 63 ff. führten wir schon aus, daß ein Schwebezustand, wie er bei Trennung des vermögensrechtlichen von dem persönlichrechtlichen Substrat für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft eintreten kann, zwar keineswegs wünschenswert ist, daß er aber auch wiederum keine Gefahr für die Aktionäre in sich birgt, da ihnen ja der Weg der Rückbildung nach § 307 immer offensteht; hier ist weiterhin zu beachten, daß eine vorzeitige Auflösung der übertragenden Gesellschaft schon deshalb unmöglich ist, da gemäß den Ausführungen auf Seite 99 ff. die Eintragung des die Auflösung der Uebertragerin mit sich bringenden Liquidationsausschließungsbeschlusses durch die Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses der Uebernehmerin bedingt ist. Weshalb wird nun noch weiterhin gefordert, daß die erfolgte Erhöhung noch eingetragen sein muß, bevor die Verschmelzung vor sich geht? Das Gesetz stellt ein solches Erfordernis nicht auf; die Uebernehmerin ist ja durch die Eintragung des Erhöhungsbeschlusses wirksam verpflichtet. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb nicht schon jetzt eine Verschmelzung der beiden Vermögen statthaben kann. Wir möchten daher auch das Hauptgewicht auf die Vereinbarung der Liquidationsausschließung legen. In dem Augenblick, in welchem sie rechtlich wirksam wird, ist der Uebergang des Vermögens der übertragenden Gesellschaft einschließlich der Schulden erfolgt.

§ 23.

cc) Die Auflösung der übertragenden Gesellschaft.

Auch hier bewirkt laut der Bestimmung des § 303 Abs. 2 der Beschluß der Generalversammlung, welcher der Uebertragung des Vermögens im Ganzen zustimmt, die Auflösung

*) so zu § 306 Goldmann Ziff. 6; Ring Nr. 4; Staub Anm. 12; vgl. auch Rehm § 118 V B.

der übertragenden Gesellschaft. Also es hat nicht der Liquidationsausschließungsbeschluß etwa die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Allerdings kann, wie wir an früherer Stelle dargetan haben, für den Fall, daß die Vereinbarung der Liquidationsausschließung einen Teil des Fusionsvertrages ausmacht oder gleichzeitig mit ihm getroffen wird und daher anzunehmen ist, daß der Zustimmungsbeschluß zur Gesamtübertragung nicht vor dem Ausschließungsbeschluß wirksam werden soll, der erste Beschluß durch den zweiten bedingt sein. Die auflösende Wirkung kommt aber, wie auch bei der Fusion im Sinne des § 305, nur dem Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im Ganzen zu.[1]) Dies ergibt sich weiter aus dem Umstande, daß die Liquidationsausschließung auch noch vereinbart werden kann, wenn der Beschluß auf Gesamtübertragung schon weit früher gefaßt, die Gesellschaft also schon in Liquidation war.

Es brauchen auch hier nicht sämtliche Mitglieder des Vorstandes die Anmeldung zum Handelsregister zu bewirken. Naturgemäß brauchen hier, da eine Liquidation nicht stattfindet, nicht, wie im Falle des § 305, Liquidatoren angemeldet zu werden. Dagegen ist im vorliegenden Falle auch die Vereinbarung, daß eine Liquidation unterbleiben soll, anzumelden; denn, wie schon früher betont, ist unter dem Wort „Beschluß" die Zustimmung der übertragenden Gesellschaft sowohl zum Fusionsvertrage als auch zur Liquidationsausschließung zu verstehen.[2]) Es ist dementsprechend also neben der erfolgten Auflösung im Handelsregister auch einzutragen, daß eine Liquidation unterbleibt. Anders als bei der Fusion im Sinne des § 305 ist die Anmeldung des Beschlusses bezw. der Auflösung nicht erzwingbar. § 319 Abs. 2 entzieht ausdrücklich die im § 304 Abs. 3 vorgeschriebene Anmeldung, die in „entsprechender Anwendung" auch für die Fusion nach § 306 in Frage kommt, dem Bereich des § 14. Die Anmeldung kann

[1]) Auf die einzelnen Vorgänge, die hier analog denen bei der Fusion im Sinne des § 305 sind, brauchen wir hier nicht näher mehr einzugehen. Wir verweisen in dieser Hinsicht auf das in § 13 Ausgeführte und auf die dort angegebene Literatur.

[2]) Hinsichtlich „Beifügung" des Vertrages usw. s. Seite 98 ff.

also bei dem Gericht des Sitzes nicht erzwungen werden, wohl aber bei dem Gericht der Zweigniederlassung, wenn sie bei ersterem Gericht schon erfolgt ist. — Auch hier sind die Eintragungen nach den Bestimmungen des § 10 zu veröffentlichen, andernfalls können sich die Folgen aus § 15 Abs. 1 und 2 ergeben. [3])

Bei der Fusion mit sofortiger Verschmelzung geht, im Gegensatz zu der des § 305, die Firma der übertragenden Gesellschaft sofort unter, sobald die Fusion perfekt ist, d. h. also nach der von uns vertretenen Ansicht, sobald die Eintragung des Liquidationsausschließungsbeschlusses erfolgt ist. Jedoch kann auch hier der Uebergang der Firma mit dem ganzen Gesellschaftsvermögen vereinbart sein. Es ist aber bei der Vereinigung zweier Gesellschaften nicht zulässig, eine aus den beiden Firmen kombinierte Firma zu führen; dies würde eine Verletzung des Prinzips der Firmenwahrheit darstellen. Es ist eine der beiden Firmen zu wählen oder eine ganz neue, obiges Prinzip beachtende Firma zu bilden.

§ 24.

dd) Die Gesamtnachfolge.

1) Allgemeines.

In der Regel führt jede der Auflösung verfallene Gesellschaft ein Nachleben im Liquidationszustand. Dieses Stadium ist aber bei der Fusion mit sofortiger Verschmelzung ausdrücklich ausgeschlossen. Es ergibt sich also als notwendige Folge, daß hier mit der Perfektion der Fusion das Leben der übertragenden Gesellschaft mit einem Schlage aufhört; für ein Nachleben ist ja kein Raum mehr. [1]) Es bleibt nicht einmal mehr Zeit, bezüglich der Vermögensgegenstände der Uebertragerin besondere Uebertragungs- und Uebernahmeakte vorzunehmen. Was ist nun mit dem Vermögen der untergegangenen Gesellschaft geschehen? Sein ehemaliger Eigen-

[3]) Näheres s. Seite 42.

[1]) Dem widerspricht auch nicht, daß das Vermögen der Uebertragerin vorläufig als unantastbares Ganzes erhalten bleibt. Näheres s. Seite 116 ff.

tümer existiert nicht mehr; undenkbar ist natürlich, daß der Gesetzgeber es zulassen sollte, daß es gar keinen Eigentümer vorläufig habe. Daher bestimmt das Gesetz im § 304 Abs. 5, daß mit der Eintragung des Beschlusses der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft einschließlich der Schulden als erfolgt gelte, m. a. Worten, da die Eintragung des Beschlusses die Auflösung der Uebertragerin zur Folge hat, daß mit dem Untergang der übertragenden Gesellschaft die Uebernehmerin an ihre Stelle in alle Rechte und Pflichten eintritt, ohne daß es dabei besonderer Uebereignungs- und Uebernahmeakte bedarf. Es ist also an dieser Stelle im Handelsgesetzbuch ein Gedanke zum Durchbruch gekommen, der sich sonst nur im Erbrecht findet: der Gedanke der Gesamtnachfolge.[2])

Nach dem Wortlaut des geltenden Gesetzes geht also zweifellos mit der Perfektion der Fusion die übertragende Gesellschaft unter und im gleichen Augenblick ihr Vermögen auf die Uebernehmerin über.[3])

Die Gesamtnachfolge ist nur kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung möglich; ohne diese müßte die Uebertragung nach den gewöhnlichen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts erfolgen. Da aber die Uebernehmerin nicht durch sich genügende Garantie bietet, etwa wie ein öffentlicher Verband im Sinne des § 304, so hat der Gesetzgeber der Uebernehmerin die Be-

---

[2]) vgl. zu § 306 Staub, Anm. 2 und 13; Ring Nr. 6; Goldmann Ziff. 6; Makower III a 2 und § 304 IV d 1; Lehmann 535; auch RG 9, 11 ff.; 28, 363; KGJ 11, 129.

[3]) Dies war nach früherem Recht streitig. So wurde z. B. von Keyssner in ZHR 24, 604 (unter Bezugnahme auf KGJ 5, 81) der Standpunkt vertreten, daß die Uebertragerin so lange fortbestehe, bis die Vermögen auch „tatsächlich" vereinigt wären. Es fände auch in diesem Falle eine, allerdings verschleierte, Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft statt, geführt von der Uebernehmerin. Dagegen wandten sich Wiener 391, Staub, Ring und Hergenhahn zu Art. 247, Renaud 814, auch RG 9, 11 ff. Es wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß, falls die übertragende Gesellschaft selbst noch weiter bestände, es gar keinen Sinn haben würde, ausdrücklich zu bestimmen, daß der Gerichtsbestand der aufgelösten Gesellschaft bestehen bleiben solle. — Die heutige strikte Fassung des § 304 Abs. 5, der nach § 306 Abs. 1 anzuwenden ist, läßt keinen Raum zu solchen Zweifeln.

obachtung von Vorschriften zur Pflicht gemacht, welche den Schutz der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft bezwecken (§ 306 Abs. 2 bis 6), ähnlich wie bei einer gewöhnlichen Auflösung das Liquidationsverfahren mit Sperrjahr, Gläubigeraufgebot usw.[4])

Unabhängig davon, ob die zu beobachtenden Vorschriften ihre Erledigung finden oder nicht, werden im Augenblick der Verschmelzung die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft Mitglieder der übernehmenden mit allen Rechten, welche diesen gegen ihre Gesellschaft zustehen, und auch mit allen Pflichten. Vorerst haben die neuen Mitglieder einen Anspruch auf Aushändigung der Aktienurkunden; für die Folge haben sie das gleiche Stimmrecht usw.[5])

§ 25.

2) Uebergang der Aktiva.

Bei der Fusion im Sinne des § 306 geht also nach unseren obigen Ausführungen das Vermögen der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtnachfolge auf die Uebernehmerin über. Das bedeutet im einzelnen: es bedarf hier nicht der Uebergabe der beweglichen Gegenstände, der Abtretung der Forderungen, der Indossierung der Wechsel, der Auflassung von Grundstücken. Es gehen alle Rechte über, welche der untergegangenen Gesellschaft zustanden, sofern sie nicht durch das Bestehen dieser Gesellschaft bedingt waren; es gehen über Pfandrechte, Nießbrauchrechte, Patente, Lizenzen. Die Uebernehmerin tritt in alle bestehenden Verträge ein, in die Miet-, Dienst-, Pacht-, Werkverträge usw.; nur kann sich aus der Besonderheit eines Vertragsverhältnisses ein Anderes ergeben. Die Regel ist, daß durch die Gesamtnachfolge die bestehenden Verträge nicht berührt werden.[1]) Die übernehmende Gesellschaft, deren Rechtspersönlichkeit, wie besonders betont sein mag, trotz der Fusion unver-

[4]) Näheres s. § 27.

[5]) vgl. zu § 306 Goldmann Ziff. 6; Ring Nr. 6; Staub Anm. 13.

[1]) Unberührt bleiben natürlich auch die allg. Bestimmungen des BGB. Vgl. RG 9, 20 ff.; Makower § 304 IV d 1 mit § 306 III a 2; Ring § 306 Nr. 7.

ändert bleibt — sie hat nur ihre Mitgliederzahl vergrößert und neues Vermögen erworben — setzt die Rechtspersönlichkeit der übertragenden Gesellschaft fort.

Falls auf die Aktien der untergegangenen Gesellschaft noch Beträge ausstanden, so geht das Recht, dieselben einzufordern, auch auf die übernehmende Gesellschaft über[3]); ebenso stehen dieser die Zwangsmaßregeln des § 290 zwecks Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft zu. Wenn zur Zeit der Verschmelzung Rechtsstreitigkeiten anhängig sind, in denen die übertragende und nun untergegangene Gesellschaft Partei war, so wird sie wie eine verstorbene und beerbte Partei behandelt. Es greifen hier die Bestimmungen der §§ 239 ff. ZPO ein. Vor allem tritt nach § 239 Abs. 1 ZPO eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu seiner Wiederaufnahme durch die Rechtsnachfolger ein. Die analoge Anwendung des § 239 ZPO ist unbedenklich, selbst wenn der Gesetzgeber bei Schaffung des § 239 nur an den Tod physischer und nicht an den Tod juristischer Personen dachte. Dem Tode der Partei entspricht die Auflösung der Gesellschaft; die Erbin oder der Rechtsnachfolger ist die übernehmende Gesellschaft; es ergibt sich also ein völlig analoges Bild. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 239 ff. ZPO in dem hier in Rede stehenden Falle wird auch allgemein angenommen.[4]) Bedenken könnten sich wohl nur gegen die Anwendbarkeit des § 241 ZPO richten, der nur davon spricht, daß eine Partei die Prozeßfähigkeit verliert oder die Vertretung der Partei wechselt, also immer die Existenz der ursprünglichen Partei voraussetzt, während bei der Fusion die übertragende Gesellschaft völlig untergeht. -- War eine Forderung der untergegangenen Gesellschaft schon rechtskräftig festgestellt, bevor die Verschmelzung vollzogen wurde, so kann gemäß § 727 ZPO der Rechtsnachfolgerin, d. i. die aufnehmende Gesellschaft, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den in dem Urteil bezeich-

[3]) so Ring § 306 Nr. 6.

[4]) vgl. zu § 306 Ring Nr. 6; Staub Anm. 13; RG 56, 331; a. M. Lehmann in ZHR 50, 43. In ersterem Sinne auch Gaupp-Stein § 239 I; desgl. Seuff. A 38 Nr. 244.

neten Schuldner und denjenigen Besitzer der in Streit befangenen Sache, gegen welche das Urteil nach § 325 ZPO wirksam ist, erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältnis bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Die Rechtsnachfolge ist z. B. als offenkundig anzusehen in dem Falle, wo dasjenige Gericht die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen hat, in dessen Handelsregister die Auflösung der übertragenden Gesellschaft, die vereinbarte Liquidationsausschließung, die beschlossene Erhöhung des Grundkapitals usw. eingetragen ist; andernfalls ist die Rechtsnachfolge durch Vorlage des Fusionsvertrages und durch den Nachweis, daß die erforderlichen Eintragungen ins Handelsregister vorgenommen sind, ersichtlich zu machen.[4])

Einige Besonderheiten ergeben sich hinsichtlich der Eintragungen im Grundbuch. Da eine Gesamtnachfolge vorliegt, so sind auch die Grundstücke der übertragenden Gesellschaft mit Vollendung der Fusion auf die Uebernehmerin übergegangen, ohne daß es dazu einer Auflassung bedurft hätte. Eine solche wäre ja garnicht mehr möglich gewesen, denn die übertragende Gesellschaft ist verschwunden, ihre Organe existieren nicht mehr. Wer sollte denn die Auflassungsakte, wie z. B. Umschreibungsbewilligung, vornehmen? Da aber das Grundbuch nach vollendeter Fusion einen falschen Eigentümer angibt, so greift das Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO Platz. Dies ist heute herrschende Meinung.[5])

[4]) s. u. a. zu § 306 Goldmann Ziff. 6; Ring Nr. 6; RG 28, 358 ff. Das gleiche gilt auch bezüglich der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung „gegen" die Uebernehmerin als Rechtsnachfolgerin; vgl. darüber Seite 118.

[5]) so zu § 306 Goldmann Ziff. 6; Esser Nr. 5; Makower § 304 IV d 2 mit 306 III a 2; Ring § 306 Nr. 6; Staub § 306 Anm. 13; Dorst 231; KGJ 11, 129. Früher herrschte lebhafter Streit über den Zeitpunkt des Uebergangs der Immobilien und die Art und Weise der dabei etwa notwendigen Auflassung. Keyssner in ZHR 24, 604 vertrat z. B. wieder ein liquidationsähnliches Nachleben der untergegangenen G., damit noch Organe zur Abgabe der Auflassungserklärung vorhanden seien. Wiener dagegen forderte, daß der Vorstand spätestens mit der Anmeldung der Auflösung die Auflassungserklärung abgebe. Hiergegen wendet sich mit Recht Küfner 53, s. dort auch die einschlägige Literatur.

Die Umschreibung ist vom Grundbuchamt vorzunehmen, wenn der Beamte nach Prüfung aller Momente, die zur Verschmelzung im Sinne des § 306 gehören, die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die Uebernehmerin im Wege der Fusion, unter Beachtung aller erforderlichen gesetzlichen Vorschriften, Eigentümerin des gesamten Vermögens, also auch der Grundstücke der übertragenden Gesellschaft geworden ist. Es ist demnach von der Uebernehmerin beim Grundbuchamt außer dem Antrag auf Umschreibung bezw. Berichtung in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift der Fusionsvertrag, die Beschlüsse der Generalversammlungen und schließlich eine Bescheinigung des Registerrichters über die erfolgte Eintragung der Liquidationsausschließung einzureichen. (§ 33 ff. GBO.) [6])

Falls Hypotheken gelöscht werden sollen, die zu Gunsten der untergegangenen Gesellschaft eingetragen sind, so genügt hierzu eine Löschungsbewilligung der übernehmenden Gesellschaft. [7]) — Eine neue Eintragung bezw. eine Umschreibung erfordern Kredithypotheken, welche zu Gunsten der untergegangenen Gesellschaft eingetragen sind. Diese waren ursprünglich bestellt zur Sicherung aller Forderungen, welche der übertragenden Gesellschaft aus dem Geschäftsverkehr mit dem fraglichen Hypothekarschuldner erwuchsen. Diese Kredithypotheken bieten nun nicht ohne Weiteres Sicherheit auch für die Geschäftsverbindung der übernehmenden Gesellschaft mit jenem Schuldner. Es ist vielmehr eine neue Vereinbarung zwischen den Parteien zu treffen, daß die einst zu Gunsten der Uebertragerin bestellte Sicherungshypothek bis zur eingetragenen Höhe nunmehr Sicherheit bieten soll für alle die Forderungen, die bereits entstanden waren und durch den Uebergang auf die Uebernehmerin übergegangen sind, und für jene Forderungen, welche der Uebernehmerin im weiteren Geschäftsverkehr mit dem Hypothekarschuldner gegen diesen entstehen. Diese Aenderung muß im Grundbuch zu erkennen sein. Daher ist auf Antrag der Beteiligten eine Aenderung dahin

[6]) Makower a. a. O.
[7]) vgl. Staub § 306 Anm. 13.

vorzunehmen, daß eingetragen wird, die in Frage kommende Sicherungshypothek hafte nunmehr für alle Verbindlichkeiten des Schuldners aus seinem Geschäftsverkehr mit der Firma X., d. i. die Uebernehmerin.[8])

§ 26.

3) Uebergang der Passiva.

Es gehen naturgemäß bei der Gesamtnachfolge der Uebernehmerin in das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft auch die Passiva auf die Uebernehmerin über. Ein Vertrag, durch den nur das Vermögen einer Gesellschaft ohne ihre Schulden übernommen wird, ist schon nach § 419 BGB ungültig. Die übernehmende Gesellschaft haftet mit der vollzogenen Verschmelzung unterschiedslos für sämtliche Schulden der untergegangenen Gesellschaft; die beschränkte Haftung nach § 419 BGB, d. h. nur mit dem Bestand des übernommenen Vermögens, ist für den Fall der „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" ausgeschlossen, da § 304 Abs. 5 eine besondere Regelung trifft. Er bestimmt, daß mit Eintragung des Beschlusses der Uebergang des Vermögens der Gesellschaft „einschließlich der Schulden" als erfolgt gilt. Die Uebernehmerin ist also mit den ganzen Schulden belastet, sie haftet für deren Deckung selbst über den Bestand des übernommenen Vermögens hinaus.

Die vollzogene Fusion übt, da, wie an früherer Stelle schon hervorgehoben wurde, die Uebernehmerin in jeglicher Beziehung die Rechtspersönlichkeit der untergegangenen Gesellschaft fortsetzt, regelmäßig gar keinen Einfluß auf die bestehenden Verträge aus, selbst auch nicht auf jene Schuldverhältnisse, in denen die untergegangene Gesellschaft Schuldnerin war. Einschränkend muß hier allerdings hinzugesetzt werden, daß sich aus der Art bestimmter Verbindlichkeiten Abweichungen ergeben können.[1]) Es vollzieht sich mit der Fusion ein Schuldnerwechsel, gegen

[8]) s. Dorst 236.
[1]) vgl. die Ausführungen Seite 109.

den die Gläubiger nicht hindernd eintreten können. Selbst dann ist ihnen kein Widerspruchsrecht gegeben, wenn an die Stelle der zahlungsfähigen übertragenden Gesellschaft eine weit weniger gut fundierte Gesellschaft treten soll. Wenn nun der Gesetzgeber den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft kein Widerspruchsrecht gibt, so muß er vor allem darauf bedacht sein, die Lage dieser Gläubiger nicht zu verschlechtern, es darf einerseits ihre prozessuale Lage nicht verschlechtert werden, es muß ihnen andererseits zum Mindesten die Sicherheit erhalten bleiben, welche die übertragende Gesellschaft mit ihrem Vermögen bietet. Diesen beiden Aufgaben wird der Gesetzgeber durch die Bestimmungen des § 306 Abs. 2 bis 6 gerecht, in denen er ein gewisses, schwaches Nachleben der untergegangenen Gesellschaft anerkennt, das aber ganz verschieden ist von dem Nachleben einer Gesellschaft im Liquidationszustand; dieses Nachleben hier gestaltet sich besonders eigenartig dadurch, daß es sich ganz „im Schoß der übernehmenden Gesellschaft" vollzieht.[2])

Ehe wir im Folgenden auf die Gläubigerschutzvorschriften eingehen, müssen wir zur Wahrung der Uebersichtlichkeit, ähnlich wie das Gesetz verschiedene Vermögensmassen unterscheidet, die einzelnen Gläubigergruppen getrennt behandeln, je nach dem Anspruch, den sie auf diese verschiedenen Vermögensmassen haben. Es ist da zuerst zu unterscheiden zwischen den Gläubigern, welche der übernehmenden Gesellschaft a) vor und b) nach der Fusion erwachsen sind. Die Gläubigergruppe unter a) zerfällt wieder in zwei Untergruppen, in α) jene Gläubiger, die mit der untergegangenen Gesellschaft übernommen worden sind und β) jene Gläubiger, welche der Uebernehmerin schon vor der Fusion erwachsen sind. In den folgenden Ausführungen werden wir die Gruppe α) stets als „die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft" bezeichnen; die beiden anderen Gruppen in einem Kapitel als „die übrigen Gläubiger" behandeln.

[2]) so Ring § 306 Nr. 6 und 7.

§ 27.

α) Die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft (Gläubigerschutzvorschriften des § 306 Abs. 2 bis 6).

1) Grade bei der Fusion mit sofortiger Verschmelzung sind die Interessen der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft stark gefährdet. Einerseits ist das Liquidationsverfahren, das vor allem die Befriedigung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft bezweckt, hier ausdrücklich ausgeschaltet, andrerseits wird den Gläubigern ein neuer Schuldner gewissermaßen aufgedrängt, ohne daß sie überhaupt ein Widerspruchsrecht gegen die beabsichtigte Verschmelzung haben.[1])

Nun haftet allerdings die Uebernehmerin voll und ganz für die Schulden der untergegangenen Gesellschaft. Es ist dabei aber zu berücksichtigen, daß das Vermögen der Uebernehmerin nicht allein den Gläubigern der Uebertragerin, sondern auch den bisherigen Gläubigern der aufnehmenden Gesellschaft haftet, und umgekehrt nicht nur die bisherigen Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft aus deren Vermögen Befriedigung verlangen können, sondern auch die Gläubiger der aufzunehmenden Gesellschaft. Es würden also die verschiedenartigsten Gläubigerinteressen und -rechte sich kreuzen und oft auch miteinander kollidieren. Solche Bedenken hatten schon im früheren Gesetz dazu geführt, besondere Vorschriften zum Schutze der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft aufzustellen und ihnen eine bevorzugte Stellung gegenüber allen anderen Gläubigern zu geben. (Art. 247.) Diese Vorschriften, welche zwar ganz verschieden sind von denen für das Liquidationsverfahren, die aber auf anderem Wege den

[1]) vgl. die Ausführungen auf Seite 113/114. Denkbar und auch ausführbar wäre, daß beim Vorliegen von Arrestgründen die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft vor der Uebertragung deren Vermögensstücke verstrickten; s. dazu u. a. Wiener 381. Die Gläubiger der Uebernehmerin haben naturgemäß kein Widerspruchsrecht, denn kein Gläubiger kann seinen Schuldner hindern, neue Schulden zu machen. so Lehmann 531 Anm. 1.

gleichen Zweck wie jenes erstreben, sind in das neue Handelsgesetzbuch übernommen worden; durch Hinzufügung der Bestimmung des Abs. 4 in § 306 sind sie in einem wesentlichen Punkte ergänzt worden.

2) Getrennte Verwaltung. Es bestimmt zunächst § 306 im Abs. 2, daß das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft durch die Uebernehmerin getrennt zu verwalten ist. Diese Bestimmung mag einem im ersten Augenblick sonderlich anmuten. Haben wir doch oben gesehen, daß gemäß § 304 Abs. 5 schon mit Vollendung der Fusion das Vermögen der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen ist; und nun ordnet hier der Gesetzgeber eine vollständige tatsächliche Trennung an. Den Grund zu dieser Vorschrift gibt das Reichsgericht 9,17 treffend an: „Als eine geeignete Versöhnung des Interesses an der Ausführbarkeit von Fusionen mit dem erforderlichen Schutz der Gläubiger erschien es, bei getrennter Verwaltung desselben innerhalb der aufnehmenden Gesellschaft dem Vermögen hinsichtlich seiner bisherigen Gläubiger im Gegensatz zu den bisherigen Gläubigern der aufzunehmenden Gesellschaft eine gleiche Sonderstellung mit ausschließlichem Zugriffsrecht der erstgedachten Gläubiger zuzuerkennen."

Diese getrennte Verwaltung hat nicht den Charakter einer Liquidation, die nur von der Uebernehmerin als Liquidatorin durchgeführt wird.[2]) Im Gegensatz zu dem Vermögen einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft, das einem werbenden Zwecke nicht mehr dienen darf, arbeitet im vorliegenden Falle das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft ungehemmt produktiv weiter. Zu führen ist die getrennte Verwaltung auch von der Uebernehmerin, welche sie ihren Organen, denen auch sonst die Leitung der Gesellschaft obliegt, anvertrauen kann. Nur muß die übernehmende Gesellschaft alles tun, um eine Verwechselung bezw. Vermischung der beiden Vermögensbestandteile auszuschließen. Es müssen vor allem besondere Bücher geführt, besondere Bilanzen gezogen, die Vermögens-

[2]) vgl. auch die Ausführungen Seite 108 mit Anm. 2.

stücke der untergegangenen Gesellschaft unterscheidbar von anderen aufbewahrt werden. Unbedenklich können aber die gleichen Lagerräume benützt werden, sofern die Unterscheidbarkeit der einzelnen Vermögen gewahrt bleibt. [3])

Die getrennte Verwaltung bringt die Aufstellung einer besonderen Bilanz für das Sondervermögen, wie wir es wohl kurz bezeichnen dürfen, mit sich. Diese Bilanz ist nach den Grundsätzen für bestehende Gesellschaften aufzustellen; die Vorschriften für Liquidationsbilanzen greifen hier nicht Platz, da das Vermögen als in jeder Hinsicht vollwertiges Vermögen unbehindert mitarbeitet. [4])

Der Gewinn, der mit diesem getrennt verwalteten Vermögen erzielt wird, ist, solange die Trennung besteht, demselben zuzuschlagen und als ein besonderer Posten in die Sonderbilanz aufzunehmen. Man kann Makower [5]) darin folgen, wenn er sagt, daß dieser Posten in der Bilanz bis zur Erledigung der Vorschriften des § 306 Abs. 5 die Eigenschaft eines notwendigen, und von da ab bis zur Vereinigung der Vermögen die Eigenschaft eines freiwilligen Reservefonds habe. — Andrerseits kann die Uebernehmerin aus diesem Sondervermögen alles das nehmen, was sie zur Ausführung dieser Verwaltung und zur Erfüllung von Verbindlichkeiten der untergegangenen Gesellschaft gebraucht. Die Uebernehmerin kann über dieses Sondervermögen so verfügen, wie es eine regelmäßige Verwaltung eines Vermögens notwendig macht. [6])

Nicht aber haben die Aktionäre der untergegangenen Gesellschaft nach Ablauf des Sperrjahres usw. ein Sonderrecht auf ausschließlichen Bezug des aus dem getrennt verwalteten Vermögen gezogenen Gewinnes. Mangels anderer Abrede haben alle Aktionäre an dem bei der Verwaltung der verschie-

[3]) s. zu § 306 Goldmann Ziff. 8; Pinner IV 2 a; Ring Nr. 8; Staub Anm. 17; Makower III c 1; Wiener 373 ff.

[4]) so Lehmann 533 Anm. 1.

[5]) s. zu § 306 Makower III c 1; vgl. auch Pinner IV 2 a; Ring Nr. 8; Wiener 379.

[6]) Wiener a. a. O.; Staub § 306 Anm. 17.

denen Vermögensmassen erzielten Gewinn oder erlittenen Verlust gleichen Anteil; ebenso wie auch alle Aktionäre auf jede der Massen Beschließungsrechte haben.[7])

3) Besonderer Gerichtsstand. Um auch die prozessuale Lage der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft nicht schlechter zu gestalten, bestimmt § 306 Abs. 3, daß bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft bestehen bleibt. Selbst wenn die Uebernehmerin einen anderen Gerichtsstand hat als die übertragende Gesellschaft, wird so trotz der Fusion eine Erschwerung der Rechtslage der Gläubiger vermieden. Erschwert ist die Stellung der Uebernehmerin; sie kann nicht die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts geltend machen, wenn Ansprüche auf das übernommene Vermögen beim ehemaligen Gerichtsstand der untergegangenen Gesellschaft geltend gemacht werden. Daß die Gläubiger der Uebertragerin die übernehmende Gesellschaft auch in deren eigentlichem Gerichtsstande verklagen können, ergibt sich aus der Erwägung, daß sie ja infolge der Gesamtnachfolge Gläubiger der Uebernehmerin geworden sind. Die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft haben also in dieser Hinsicht ein Wahlrecht.[8])

Bezüglich der prozessualen Lage im allgemeinen können wir auf die Ausführungen Seite 110 ff. verweisen; es gilt hier das gleiche, auch wenn die Rollen vertauscht sind und die übertragende Gesellschaft Schuldnerin ist. Prozesse, die gegen die Uebertragerin gerichtet und bei Vollendung der Fusion noch nicht erledigt waren, werden bis zur Aufnahme durch die Rechtsnachfolgerin unterbrochen. (§§ 239 ff. ZPO.) Ist schon vor der Verschmelzung eine Schuld der übertragenden Gesellschaft rechtskräftig festgestellt worden, so ist dem Gläubiger gemäß § 727 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung gegen die übernehmende Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der in dem

[7]) RG 9, 19; Wiener 372; zu § 306 Makower III c 1, Esser Nr. 6.

[8]) vgl. zu § 306 Goldmann Ziff. 9; Ring Nr. 9; Staub Anm. 18; a. M. Makower III c 2, der Klagen gegen das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nur beim Gerichtsstand der Uebertragerin, nicht auch bei dem der Uebernehmerin zulassen will.

Urteil bezeichneten Schuldnerin zu erteilen.[9]) Nicht anwendbar ist dagegen § 729 Abs. 1 ZPO, der zwar speziell die Uebernahme des Vermögens eines Anderen durch Vertrag behandelt, jedoch eine Sonder-, nicht aber eine Gesamtnachfolge, wie sie hier vorliegt, voraussetzt.[10])

4) „Rechtliche" Trennung des übernommenen Vermögens. Von einschneidender Bedeutung ist die Schutzvorschrift des § 306 Abs. 4, welcher im Gegensatz zu der „tatsächlichen" Trennung des Abs. 2 cit. Paragr. eine gewisse „rechtliche" Trennung des übernommenen Vermögens vorsieht. Um keine Zweifel aufkommen zu lassen, sei besonders betont, daß die Uebernehmerin gesetzlich Eigentümerin des Vermögens der untergegangenen Gesellschaft ist. Die hier in Rede stehende Vorschrift bezweckt eine „rechtliche" Trennung nur in einer bestimmten Richtung. Sie besagt, daß bis zur Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt. Diese Bestimmung, die den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft also ein ausschließliches Zugriffsrecht auf deren Vermögen gibt, so lange die getrennte Vermögensverwaltung besteht, war im Art. 247 des früheren Rechts nicht enthalten; ihr Fehlen hatte zu Zweifeln Anlaß gegeben. Doch neigte man auch früher schon der im geltenden Recht klar zum Ausdruck gebrachten Auffassung zu.[11]) Die Denkschrift sagt auf Seite 181 selbst, daß durch Aufnahme der Bestimmung des jetzigen Absatzes 4 im § 306 solche Zweifel beseitigt werden sollten. Sie führt weiter aus, was die Frage betreffe, ob das Recht der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft gegenüber „allen sonstigen" Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft oder nur gegenüber denjenigen Gläubigern anerkannt werden solle, deren Forderungen bereits vor der Vereinigung beider Gesellschaften begründet waren, so entscheide der Entwurf diese

---

[9]) Goldmann § 304 Ziff. 6; Staub § 306 Anm. 13.
[10]) Makower § 306 III a 2 mit § 304 IV d 1.
[11]) Ring AG 683 ff.; Küfner 56; Wiener 376.

Frage im ersteren Sinne; denn — und dieser Grund ist u. E. durchschlagend — auch die Forderungen, die erst nach dem gedachten Zeitpunkt entstanden seien, würden für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft außer Betracht geblieben sein, wenn die Liquidation stattgefunden hätte. — Obwohl die beiden Vermögensmassen rechtlich in einer Hand vereinigt sind, wird in gewisser Beziehung das übernommene Vermögen so behandelt, als ob eine Verschmelzung noch nicht stattgefunden hätte; man kann also sagen, daß außer einer tatsächlichen, rein äußerlichen Trennung nach einer Richtung hin auch eine rechtliche Trennung durchgeführt ist.

Aus diesem ausschließlichen Zugriffsrecht der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft in das Vermögen dieser Gesellschaft resultiert ein Widerspruchsrecht der Gläubiger, falls unerlaubte Ansprüche und Angriffe auf dies Sondervermögen erhoben werden. Dieses Widerspruchsrecht steht den fraglichen Gläubigern zu, wenn die tatsächliche Trennung vor der gesetzlich festgelegten Zeit aufgehoben werden soll; es steht ihnen zu, wenn die Uebernehmerin aus diesem Sondervermögen die „übrigen" Gläubiger befriedigen will. Endlich kann es geltend gemacht werden, falls die „übrigen" Gläubiger aus diesem Sondervermögen im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung suchen.[12]) In letzterem Falle können die Gläubiger der Uebertragerin ihre Rechte durch eine Interventionsklage aus § 771 ZPO geltend machen, zumal diese auch obligatorische Rechte schützt. Die hier in Frage kommenden Gläubiger können verlangen, daß die „übrigen" Gläubiger das unter Verletzung des ausschließlichen Zugriffsrechts Erlangte an die Uebernehmerin zur getrennten Verwaltung zurückgewähren.

Außerdem haben die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft trotz der günstigen Stellung, die ihnen schon eingeräumt ist, auch noch einen Anspruch gegen die Uebernehmerin als solche. Diese haftet ja unbeschränkt, d. h. über den Bestand

[12]) vgl. zu § 306 Goldmann Ziff. 10; Makower III c 3; Ring Nr. 10; Staub Anm. 19.

des übernommenen Vermögens hinaus für die Schulden der Uebertragerin. Die Gläubiger der Letzteren können also nach ihrer Wahl Befriedigung suchen aus dem Vermögen der übertragenden sowie der übernehmenden Gesellschaft.[13])

Diese Sonderexistenz des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft bis zur Erledigung der Gläubigerschutzvorschriften offenbart sich besonders im Konkurse. Doch werden wir hierüber weiter unten im Zusammenhang sprechen.

5) Vereinigung der Vermögen. Die tatsächliche Trennung darf gemäß ausdrücklicher Vorschrift des § 306 Abs. 5 erst aufgehoben werden nach Beobachtung der Vorschriften der §§ 297, 301.

Der Vorstand der Uebernehmerin hat also nach Maßgabe des § 297 unter Hinweis auf die Auflösung der übertragenden Gesellschaft die Gläubiger derselben aufzufordern, ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft anzumelden. Es gilt im übrigen das im § 16 unter Ziff. 1 Gesagte, nur daß hier an Stelle der Liquidatoren der Vorstand der Uebernehmerin tritt. — Die tatsächliche Vereinigung setzt weiterhin den Ablauf des Sperrjahres, die Befriedigung und Sicherstellung der bekannten Gläubiger der Uebertragerin voraus; vgl. auch darüber im Einzelnen die Ausführungen des § 17.

Sollte ungesetzlicherweise vorzeitig eine Vereinigung erfolgen, so fällt das ausschließliche Zugriffsrecht der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft fort, da ihr Vermögen unterschiedslos mit dem der Uebernehmerin vermengt ist. Sie haben nunmehr nur noch einen, mit allen anderen Gläubigern konkurrierenden Anspruch gegen die Gesamtmasse.[14]) Außerdem steht ihnen aber ein Schadensersatzanspruch gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates zu, auf den wir unten noch näher eingehen werden.

Nach Erledigung der Vorschriften der §§ 297 und 301 vereinigen sich die Vermögen der beiden Gesellschaften aber keineswegs von selbst, etwa kraft Gesetzes. Die übernehmende

---

[13]) Herrschende Ansicht; vgl. zu § 306 Ring Nr. 10; Staub Anm. 19.
[14]) so mit Ring § 306 Nr. 11 gegen Pinner IV 2a.

Gesellschaft kann die tatsächliche Trennung beliebig lange fortsetzen.[15]) § 306 Abs. 5 sagt nur, die Vereinigung „darf" erst erfolgen, nicht aber „gilt" als erfolgt oder „muß" erfolgen, nachdem . . . . Daß es ins Belieben der Uebernehmerin gestellt ist, wann sie nach Erledigung der Schutzvorschriften die Vereinigung vornehmen will, ist auch ganz unbedenklich. Ist die übernehmende Gesellschaft auch ohne Vermögensvereinigung zahlungsfähig, so haben die „übrigen" Gläubiger kein Interesse daran, daß die Trennung aufgehoben wird. Ist sie zahlungsunfähig und wird über das Vermögen der Uebernehmerin Konkurs eröffnet, so tritt für die Sondermasse ein Liquidationsverfahren ein; der etwaige Ueberschuß fließt dann sowieso in die Konkursmasse.[16])

Nachdem die Vereinigung der beiden Vermögen in der gesetzmäßigen Weise vorgenommen ist, können auch die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft ihre Ansprüche nur noch gegen das Gesamtvermögen der Uebernehmerin geltend machen.[17]) Der Unterschied zwischen den Gläubigergruppen ist von nun an fortgefallen. Falls für einen Gläubiger in Gemäßheit des § 301 Abs. 3 ein Betrag sichergestellt bezw. nach der Vorschrift des Abs. 2 hinterlegt ist, so hat nur dieser Gläubiger darauf Anspruch.

6) Haftung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Um möglichst eine Gewähr dafür zu haben, daß die Vorschriften über die getrennte Verwaltung beobachtet werden und andrerseits um den durch die Nichtbeachtung Verletzten einen Ersatz zu bieten, hat der Gesetzgeber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für den Fall der ungesetzlichen Vereinigung der Vermögen einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates zugesprochen. Voraussetzung ist, daß den Gläubigern durch die gesetzwidrige Vereinigung ein Schaden

[15]) zu § 306 Goldmann Ziff. 11; Makower IV; Ring Nr. 11; auch Staub Anm. 20 hat seinen früheren entgegengesetzten Standpunkt aufgegeben. Das bisherige Recht nahm ausdrücklich den obigen Standpunkt ein.

[16]) vgl. Makower und Ring a. a. O.

[17]) Goldmann, Ring und Staub a. a. O.

entstanden ist und sie infolgedessen keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen konnten. Ein Vorstandsmitglied haftet, wenn es die Vereinigung allein oder in Gemeinschaft mit anderen bewirkt hat bezw. wenn es der von anderen Vorstandsmitgliedern beabsichtigten Vereinigung nicht hindernd entgegengetreten ist. Der schädigende Erfolg muß durch schuldhaftes Verhalten des Vorstandsmitgliedes eingetreten sein; es muß bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes außer Acht gelassen haben.[18]) Nicht kann ein Vorstandsmitglied sich darauf berufen, die Handlung sei in Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses vorgenommen; eine solche Berufung hat den Gläubigern gegenüber gar keine Wirkung. (§ 241 Abs. 4.) — Dagegen haftet ein Aufsichtsratsmitglied nur, wenn die Vereinigung der beiden Vermögen mit seinem Wissen erfolgte, ohne daß er Schritte tat, um diese Vereinigung zu verhindern. Mangels gesetzlicher Vorschrift steht hier dem Wissen nicht das schuldhafte Nichtwissen gleich. Wie das Einschreiten gegen eine gesetzwidrige Vereinigung der Vermögen zu erfolgen hat, sagt das Gesetz nicht; denkbar wäre eine Berufung der Generalversammlung, Strafanzeige, einstweilige Verfügung.

Die Haftung der Mitglieder ist eine gesamtschuldnerische. Vorausgesetzt ist dabei, daß den in Anspruch Genommenen ein alleiniges oder Mitverschulden trifft und daß der entstandene Schaden damit in ursächlichem Zusammenhang steht. Es haftet naturgemäß nicht jedes Mitglied für den Schaden, den ein anderes Mitglied verschuldet hat. Von der Haftung wird ein Mitglied frei, wenn es zur Verhinderung der gesetzwidrigen Vereinigung alles getan hat, was in seinen Kräften stand.[19]) — Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift über Verjährung dieser Ansprüche der §§ 241 Abs. 5 und 249 Abs. 4 erscheint in diesem besonderen Falle unzulässig, da § 306 Abs. 6 nicht darauf Bezug nimmt, wie es doch sonst im Handelsgesetzbuch regelmäßig geschieht, wenn eine frühere Vor-

[18]) § 241; vgl. auch RG 13,44; 20, 269 bezügl. Beweislast.

[19]) vgl. zu diesen Fragen Ring § 306 Nr. 12; J W 00 S. 664; vgl. auch §§ 421 ff. BGB.

schrift in einem anders gearteten Falle Anwendung finden soll.[20])

Eine gesetzwidrige Vereinigung der Vermögen, vorgenommen von den Organen der Gesellschaft, macht nach § 31 BGB auch die Gesellschaft selbst haftbar; denn Schuld der Organe gilt als Schuld der Gesellschaft. Diese kann aber ihrerseits gemäß den §§ 241 Abs. 1 und 2 und 249 Abs. 1 und 2 Schadensersatzansprüche gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates geltend machen.[21])

§ 28.

β) Die „übrigen" Gläubiger.

Hierunter sind, wie an früherer Stelle schon hervorgehoben wurde, alle die Gläubiger verstanden, welchen nicht die bevorzugte Stellung der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft zukommt. Sie sind selbst wieder in zwei Gruppen zu scheiden, nämlich in

a) die Gläubiger, welche der übernehmenden Gesellschaft vor der Fusion erwachsen sind;
b) in solche, welche der Uebernehmerin nach der Fusion erwachsen sind;

1. Die Stellung der Gläubiger, welche der Gesellschaft vor der Fusion erwachsen sind.

Wie schon früher hervorgehoben wurde, haben sie kein Mittel, die Fusion zu verhindern, ebensowenig wie ein Gläubiger seinen Schuldner hindern kann, neue Schulden zu kontrahieren. Ihnen ist nicht eine bevorzugte Stellung eingeräumt, wie den Gläubigern der untergegangenen Gesellschaft. Es steht den hier in Frage kommenden Gläubigern nicht ein ausschließliches Zugriffsrecht in das Vermögen der Uebernehmerin zu, wie es vor der Verschmelzung vorhanden war und während der Trennung noch unterscheidbar von dem Vermögen der Uebertragerin verwaltet wird. Wir sahen oben

[20]) so mit Ring § 306 Nr. 12 gegen Makower III c 5.
[21]) Makower und Ring a. a. O.

schon, daß sich aus diesem Vermögen auch die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft befriedigen können. Selbst wenn die letztgenannten Gläubiger Befriedigung in dem Vermögen der Uebernehmerin suchten, würde vor der Hand die Lage der „übrigen" Gläubiger nicht verschlechtert; denn bei der Vermögensvereinigung kommt der Ueberschuß des Vermögens der Uebertragerin in die Gesamtmasse ein. Schlechter gestellt würden sie nur dann sein, wenn das getrennt verwaltete Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ganz zur Deckung der Passiva dieser Gesellschaft aufgebraucht wäre und etwa noch vorhandene Gläubiger der Uebertragerin Befriedigung im Vermögen der Uebernehmerin suchten. Aber auch hiergegen könnten sich die Gläubiger nicht schützen.

2) Die Stellung der Gläubiger, welche der Gesellschaft nach der Fusion erwachsen sind.

Für die nach der Fusion kontrahierten Schulden haftet vor der Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften nur das Vermögen der Uebernehmerin; nach geschehener Vereinigung haftet naturgemäß das Gesamtvermögen unterschiedslos. Was einem im ersten Augenblick sonderlich anmuten mag, ist, daß auch den nach der Fusion erwachsenen Gläubigern kein Anspruch gegen das Sondervermögen der Uebertragerin zusteht; denn, so wird man argumentieren, mag nach Innen auch eine tatsächliche und gewisse rechtliche Trennung bestehen, nach Außen treten beide Vermögen als ein Ganzes unter einer Firma werbend auf; es ist daher billig, daß man den nach der Verschmelzung der Gesellschaft erwachsenen Gläubigern ein Zugriffsrecht in das gesamte Vermögen der Uebernehmerin, also auch in das vorläufige getrennt verwaltete Vermögen der untergegangenen Gesellschaft gibt. Auf Seite 119/120 haben wir schon die Stellungnahme der Denkschrift und ihre Begründung ausgeführt; und diese Begründung schlägt u. E. auch gegenüber den kurz vorher angeführten Argumenten durch. Die Denkschrift geht konsequent vor, wenn sie sagt, daß, da auch die Forderungen, die erst nach der Vereinigung beider Gesellschaften entstanden seien, für die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft außer Betracht geblieben wären, wenn die Liquidation stattgefunden hätte, die Un-

antastbarkeit des Vermögens der Uebertragerin auch gegenüber den Gläubigern bestehe, deren Forderungen nach der Fusion entstanden seien. Also bis zur vollzogenen Vereinigung der Vermögen dürfen auch diese Gläubiger nur Befriedigung in dem Vermögen der Uebernehmerin suchen.

§ 29.

ee) Besonderheiten im Konkursverfahren im Falle des § 306.

1) Durch die verschiedenartige Haftung der einzelnen Vermögensmassen sind manche Besonderheiten im Konkursverfahren bedingt. Vergegenwärtigen wir uns noch einmal die verschiedenen Vermögensmassen und die Rechte der einzelnen Gläubigergruppen an denselben:

1 a) den Gläubigern der untergegangenen Gesellschaft haftet bis zur Vereinigung das getrennt verwaltete Vermögen der Uebernehmerin;

b) es haftet ihnen weiter auch das Vermögen der Uebernehmerin.

2 a) Den der Uebernehmerin vor der Fusion erwachsenen Gläubigern haftet nur das Vermögen dieser Gesellschaft;

b) nach Aufhebung der getrennten Verwaltung haftet ihnen auch noch das noch vorhandene Vermögen der übertragenden Gesellschaft.

3) Den die Uebernehmerin nach der Fusion erwachsenen Gläubigern haften dieselben Vermögensstücke wie den Gläubigern zu 2.

2) So lang die getrennte Verwaltung der beiden Vermögen besteht, sind zwei Konkurse denkbar und praktisch auch durchführbar, nämlich a) ein Konkurs über das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft, b) ein Konkurs über das Vermögen der Uebernehmerin (mit Ausschluß jenes Sondervermögens unter a).

Die Denkschrift führt auf Seite 181 aus, daß durch die Hinzufügung des § 306 Abs. 5 den Gläubigern der untergegangenen Gesellschaft eine bevorzugte Stellung hinsichtlich des Vermögens dieser Gesellschaft auch im Konkursverfahren gegeben sei. Man kann weiter folgern, daß die Abgeschlossenheit dieses Vermögens auch die Eröffnung eines besonderen Konkurses über dieses Vermögen gemäß § 207 Abs. 2 KO ermöglicht. Die Zulässigkeit eines solchen Sonderkonkurses wird allgemein angenommen.[1]) — Die Voraussetzungen dazu sind die gleichen wie bei einem gewöhnlichen Konkurse einer Aktiengesellschaft. Er ist zu beantragen vom Vorstand der Uebernehmerin, wenn in Bezug auf das übernommene Vermögen Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung eintritt. Gemeinschuldnerin ist auch in diesem Falle die Uebernehmerin, welche Trägerin des übernommenen Vermögens ist.[2]) Dem Konkursverwalter untersteht nur dieses Sondervermögen; das andere Vermögen der übernehmenden Gesellschaft wird von dem Konkurs garnicht berührt. Nur wenn die Konkursgläubiger mit einem Teile ihrer Forderung ausfallen, können sie sich für den ausgefallenen Betrag auch an dem Vermögen der Uebernehmerin halten.

Steht hinsichtlich des getrennt verwalteten Vermögens der Gesellschaft ein Schadensersatzanspruch gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates zu, so ist im Sonderkonkurs über dieses Vermögen ein solcher Anspruch vom Konkursverwalter geltend zu machen. Das Gleiche ist anzunehmen, wenn einem Gläubiger ein solcher Schadensersatzanspruch zusteht; im Konkurse übt eben der Konkursverwalter dieses Recht aus. Das Handelsgesetzbuch hat in den §§ 171, 217 stets die Ausübung eines solchen Rechtes auf den Konkursverwalter übergehen lassen; es ist daher aus der darin zum Ausdruck gekommenen Tendenz zu folgern, daß

---

[1]) vgl. zu § 306 Makower III c 3; Pinner IV 2 c, Ring Nr. 10; Staub Anm. 19.

[2]) Makower, Ring und Staub a. a. O.; früher auch schon anerkannt. Vgl. dazu Wiener 380; Küfner 63; s. auch Jaeger § 207 Anm. 2 und Wilmowski § 207 Anm. 4.

auch in dem hier in Rede stehenden Falle der Konkursverwalter den fraglichen Anspruch geltend zu machen hat.[3])

3) Wird Konkurs über das Vermögen der Uebernehmerin eröffnet, während die getrennte Verwaltung der beiden Vermögen noch besteht, so wird auch das Sondervermögen etwas davon berührt. Da es aber bis zur Erledigung der Schutzvorschriften des § 306 Abs. 5 und bis zur Aufhebung der getrennten Verwaltung noch als Vermögen der übertragenden Gesellschaft gilt, so unterliegt es gemäß § 43, 46 KO der Aussonderung;[4]) denn § 1 Abs. 1 KO sagt ganz bestimmt, daß das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt, welches ihm „zur Zeit der Konkurseröffnung gehört"; nun gilt kraft gesetzlicher Vorschrift das übernommene Vermögen bis zur Aufhebung der getrennten Verwaltung noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft.

Da die Uebernehmerin durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst ist (§ 292 Abs. 1 Ziff. 3), so ist auch keine weitere Existenz des Sondervermögens mehr möglich; es muß bezüglich dieses Vermögens eine nach allgemeinen Regeln durchgeführte Liquidation eintreten. Nach ordnungsmäßiger Erledigung des Liquidationsverfahrens ist der sich etwa ergebende Ueberschuß nicht unter die Aktionäre zu verteilen, sondern ganz an die Konkursmasse abzuführen.[5])

4) Ist Konkurs eröffnet, sowohl über das Vermögen der Uebernehmerin als auch über das in getrennter Verwaltung

---

[3]) vgl. zu § 241 Goldmann Ziff 18; Lehmann Lehrbuch § 94 Nr. 5 und Anm. 8; Ring Nr. 9; Staub Anm. 16; auch JW 00, 661 Nr. 13; RG 39, 64; a. M. Cosack § 121 IV 2 e; Jaeger § 208 Anm. 20; Wieland in ZHR 55, 469 gibt neben dem Verwalter auch dem einzelnen Gläubiger ein Klagerecht, jedoch nur auf Zahlung an die Konkursmasse.

[4]) Für Aussonderungsrecht: zu § 306 Goldmann Ziff. 10; Makower III c; Ring Nr. 10; Staub Anm. 19 (früher a. M.); für Absonderungsrecht Lehmann 534; unklar ausgedrückt Jaeger § 208 Anm. 13 und Pinner § 306 IV 2 c. — Ausgeübt wird das Aussonderungsrecht vom Vorstand der Uebernehmerin.

[5]) Makower III c 3; Ring Nr. 10.

stehende Sondervermögen der untergegangenen Gesellschaft, so laufen beide Konkurse nebeneinander her, und sie sind auch getrennt voneinander abzuwickeln. Auch bei den Konkursgläubigern sind verschiedene Gläubigergruppen mit verschiedenartigen Zugriffsrechten zu unterscheiden. Auch hier ist den Konkursgläubigern der untergegangenen Gesellschaft, d. h. solchen Gläubigern, welche beim Nichteintreten des Konkurses ein ausschließliches Zugriffsrecht an dem Vermögen der untergegangenen Gesellschaft hatten, eine bevorzugte Stellung gegenüber den „übrigen" Konkursgläubigern zuzubilligen. Jene Gläubigergruppe kann Befriedigung suchen in der Konkursmasse des Sondervermögens; sie kann aber auch weiterhin für den Fall, daß sie mit einem Teil ihrer Forderung in diesem Konkurse ausfällt, den übersteigenden Betrag im Konkurse der Uebernehmerin geltend machen.[9])

V. § 30. Die Rückbildung einer aufgelösten Gesellschaft gemäß § 307.

1. Der Beschluß auf Uebertragung des Vermögens im Ganzen hat die Auflösung der übertragenden Gesellschaft zur Folge. Der Regel nach würde demnach, falls die geplante Fusion nicht zustande käme, die übertragende Gesellschaft rettungslos dem Untergang geweiht sein. Sie würde nur noch ein kurz befristetes Leben im Liquidationszustande führen. Eine solche Folge wird in vielen Fällen zu hart erscheinen; eine im vollen Betrieb befindliche, durchaus noch lebensfähige Gesellschaft soll untergehen, nur weil sie einen Beschluß faßte, sich im Wege der Fusion mit einer anderen Gesellschaft zu verschmelzen, dieses Ziel aber — vielleicht gar durch die Schuld des anderen Teiles — nicht erreicht wurde. Beabsichtigt eine auf diese Weise der Auflösung verfallene Gesellschaft wieder als vollwertige Erwerbsgesellschaft ins Verkehrsleben zurückzutreten, so bleibt ihr, der Regel nach, nur der Weg der Neugründung; denn die Generalversammlung einer in

[9]) vgl. u. a. zu § 306 Makower III c 3 und Ring Nr. 10.

Liquidation befindlichen Gesellschaft kann nicht einen Beschluß dahin fassen, daß die Liquidation ein Ende habe und die Gesellschaft wieder eine vollwertige Erwerbsgesellschaft werde. Ein solcher Beschluß würde erheblich die Grenzen überschreiten, die der Generalversammlung einer Liquidationsgesellschaft für ihre Betätigung gezogen sind. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift wäre es also nicht möglich, den einmal gefaßten Auflösungsbeschluß und die mit ihr verbundenen Rechtswirkungen durch einen neuen Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung wieder zu beseitigen. Da indessen, so führt die Denkschrift Seite 181 aus, unter solchen Umständen in der Regel anzunehmen sei, daß die Absicht nicht auf eine Liquidation, sondern nur auf eine Fusion der Gesellschaft ginge, so erscheine es gerechtfertigt, der Generalversammlung im § 307 die Befugnis zu gewähren, die Fortsetzung der Gesellschaft zu beschließen. Ein solcher Fortsetzungsbeschluß setzt zweierlei voraus; erstens muß die Gesellschaft aufgelöst worden sein zum Zwecke der Veräußerung ihres Vermögens im Ganzen, und zweitens muß dieser Zweck nicht erreicht worden sein. Wurde mit der Auflösung etwas anderes als Gesamtübertragung bezweckt, so ist kein Raum mehr für einen Beschluß im Sinne des § 307. Daraus ergibt sich, daß eine Fortsetzung der Gesellschaft nicht beschlossen werden kann, wenn die Gesellschaft in dem Zeitpunkte, in welchem der Beschluß der Generalversammlung betreffend die Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen gefaßt wurde, bereits aufgelöst, d. h. bereits in Liquidation war; denn hier ist die Auflösung nicht im Hinblick auf die Fusion beschlossen worden.[1])

Der Zweck ist nicht erreicht, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und unter Würdigung aller für den besonderen Fall in Betracht kommenden Umstände anzunehmen ist, daß das erstrebte Ziel, für den hier in Rede stehenden Fall also die beabsichtigte Fusion, nicht erreicht werden kann, m. a. Worten: es müssen sich unüberwindliche Hindernisse der Durchführung der Fusion in den Weg stellen. Natürlich ist der Zeitpunkt, in dem der Zweck als erreicht anzusehen ist, verschieden,

[1]) vgl. zu § 307 Goldmann Ziff. 1; Ring Nr. 2, Staub Anm. 5.

je nachdem es sich um eine Fusion nach § 305 oder nach § 306 handelt. Während bei der „Fusion ohne sofortige Verschmelzung" der Zweck erst erreicht ist nach Erledigung des Liquidationsverfahrens, d. h. mit der nunmehr erst zulässigen Ausantwortung des Gesellschaftsvermögens, ist bei der Fusion im Sinne des § 306 der Zweck erreicht, wenn der Fusionsvertrag für beide Kontrahenten bindend und rechtswirksam abgeschlossen ist, denn in diesem Augenblick vollzieht sich der Uebergang des Vermögens der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtnachfolge auf die Uebernehmerin.

Wird der beabsichtigte Zweck nicht erreicht, beschließt andrerseits die Generalversammlung auch nicht die Fortsetzung der Gesellschaft, so tritt jetzt die Liquidation der aufgelösten Gesellschaft ein, auch dann, wenn eine Uebertragung des Gesamtvermögens ohne Liquidation stattfinden sollte. Die nunmehr eingetretene Liquidation ist anzumelden, einzutragen und zu veröffentlichen; die Anmeldung kann gem. § 14 vom Registergericht erzwungen werden.[2])

2) Der Fortsetzungsbeschluß als solcher erfordert, da § 307 keine qualifizierte Stimmenmehrheit vorschreibt, gem. der Bestimmung des § 251 einfache Stimmenmehrheit, falls nicht die Satzung etwas anderes bestimmt oder der Beschluß eine Statutenänderung in sich birgt. Letzteres ist z. B. denkbar für den Fall, daß über die statutengemäß festgesetzte Zeit die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft beschlossen wird.[3])

---

[2]) zu § 307 Goldmann Ziff. 2; Pinner II 3; Ring Nr. 2; Staub Anm. 9.

[3]) so zu § 307 Staub Anm. 7; Goldmann Ziff. 3; Makower III; Esser Nr. 1; Pinner II 3; Ring Nr. 3; a. M. Rudorff zu Abs. 1, welcher folgert, daß die Aufhebung eines Beschlusses immer dieselbe Majorität erfordere, die für die Fassung des Beschlusses erforderlich gewesen sei. Diese Ansicht findet gar keine Unterstützung im Gesetz; es wird überhaupt nicht der die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habende Zustimmungsbeschluß der Generalversammlung zu dem Veräußerungsvertrag aufgehoben, sondern ein Beschluß gefaßt, der, wie Ring a. a. O. treffend ausführt, grade dadurch bedingt ist, daß der Veräußerungsbeschluß durch Scheitern der beabsichtigten Vornahme seine Erledigung gefunden hat.

Nach ausdrücklicher Vorschrift des § 307 Abs. 3 ist die Fortsetzung der Gesellschaft von dem Vorstand — also nicht von „sämtlichen" Vorstandsmitgliedern — zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Diese Anmeldung kann nach § 14 erzwungen werden. Gemäß der Vorschrift des § 259 Abs. 5 ist der Anmeldung das den Fortsetzungsbeschluß enthaltende Protokoll in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen; überhaupt ist dem Registerrichter der Nachweis für die Zulässigkeit des Fortsetzungsbeschlusses zu erbringen. Der Generalversammlung allein die Entscheidung darüber zu belassen, ob die beabsichtigte Fusion durchführbar war oder nicht, geht nicht an, es muß dem Registerrichter eine Nachprüfung vorbehalten bleiben. Denn wenn die Voraussetzungen des § 307 nicht vorlagen, trotzdem aber ein Fortsetzungsbeschluß gefaßt worden ist, so ist ein solcher Beschluß auch ohne Anfechtung nichtig. Der Registerrichter darf einen solchen Beschluß nicht eintragen.[4])

Die Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses hat nur rechtsbekundende Bedeutung; durch sie ist der Regel nach die Wirksamkeit des Beschlusses nicht bedingt, selbst nicht in dem Falle, daß der Auflösungsbeschluß nur durch seine Eintragung gültig geworden war. Schließt der Fortsetzungsbeschluß eine Statutenänderung in sich, so bedarf er allerdings zu seiner Wirksamkeit der Eintragung.[5])

Eine Frist zur Fassung des Beschlusses ist nicht vorgeschrieben; die Fortsetzung kann jederzeit beschlossen werden, nachdem die beabsichtigte Fusion gescheitert ist. Bis zur Fassung des Beschlusses tritt die Liquidation der Gesellschaft ein; mit dem Augenblick, in dem der Beschluß gefaßt wird, wandeln sich die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse der Liquidatoren von selbst um.[6])

3) Durch den Fortsetzungsbeschluß wird die aufgelöste Gesellschaft ins Leben zurückgerufen; sie wird wieder eine

[4]) vgl. zu § 307 Goldmann Ziff. 4; Ring Nr. 4; Staub Anm. 8.
[5]) so zu § 307 Goldmann und Ring a. a. O.; Pinner II 4; Makower IV; a. M. Cosack § 119 V 1 Seite 616.
[6]) so Staub § 307 Anm. 8 und 9.

vollwertige Erwerbsgesellschaft. Der Beschluß wird ex nunc. Einerseits besteht die Gesellschaft allerdings weiter, als wenn sie niemals aufgelöst gewesen wäre, andrerseits muß sie aber alles das gelten lassen, was während des Liquidationsstadiums vom Liquidator im Rahmen seiner Befugnisse vorgenommen worden ist; die von neuem lebensfähige Gesellschaft tritt in die während des Liquidationsstadiums begründeten Rechte und Pflichten ein.[7])

In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Wirkung des Fortsetzungsbeschlusses von der einer erfolgreichen Anfechtungsklage, durch welche der die Auflösung herbeiführende Beschluß für nichtig erklärt wird. Auch in diesem Falle wird die frühere Gesellschaft fortgesetzt, als wäre sie nie aufgelöst, aber die Wirkung äußert sich ex tunc, d. h. die Gesellschaft wird mit rückwirkender Kraft fortgesetzt, sodaß alles dasjenige, was während der Liquidation geschehen ist, die Gesellschaft nicht bindet.[8])

VI. § 31. Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse (§§ 271 ff. und § 308.)

Bei der Fusion kommen als Generalversammlungsbeschlüsse vorzugsweise in Betracht: Zustimmungsbeschluß zur Uebertragung des Vermögens im Ganzen, Zustimmungsbeschluß zur Vereinbarung der Liquidationsausschließung, Kapitalserhöhungsbeschluß.

Für die Anfechtung eines dieser Beschlüsse sind die allgemeinen Bestimmungen der §§ 271 ff. maßgebend. Da eine Anfechtung der bei der Fusion zu fassenden Beschlüsse denkbar ist, andrerseits wiederum diese Frage nur in losem Zusammenhang mit dem hier behandelten Thema steht, so sei das Gebiet „Anfechtung" eben gestreift.[9])

---

[7]) zu § 307 Goldmann Ziff. 5; Pinner III; Ring Nr. 5; Staub Anm. 14.

[8]) vgl. Makower § 307 I.

[9]) vgl. zu §§ 271 ff. die Kommentare von Staub, Ring, Goldmann und Makower bezgl. Einzelheiten und Lehmann Lehrbuch § 85 Nr. 8.

Angefochten werden kann ein Beschluß der Generalversammlung wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung (§ 271 Abs. 1). Die Anfechtungsklage muß binnen einem Monat, vom Tage der in Frage kommenden Generalversammlung an gerechnet, erhoben werden. Die Frist läuft seit Fassung des Beschlusses, ob der Anfechtungsberechtigte davon zu jener Zeit schon Kenntnis hatte oder nicht, ist belanglos. Für die Berechnung der Frist sind die Bestimmungen der §§ 187 Abs. 1 und 188 Abs. 2 und 3 BGB maßgebend.

Befugt zur Anfechtung ist jeder Aktionär, der in der fraglichen Generalversammlung erschienen war, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zu Protokoll erklärt hat. Dem Aktionär steht hier der sogen. Strohmann gleich, wenn er auch nur für einen anderen Aktionärrechte ausübte.[2]) Der Widerspruch muß genau den angegriffenen Beschluß bezeichnen, falls er nicht einen allgemeinen Grund, wie z. B. nicht gehörige Einberufung, geltend macht, da eine solche Rechtsverletzung auf alle in dieser Generalversammlung gefaßten Beschlüsse einwirkt. Im Gesetz findet sich die Wendung „Widerspruch zum Protokoll", doch ist die Beurkundung des Widerspruchs kein gesetzliches Erfordernis; es muß als ausreichend angesehen werden, daß der Aktionär seine Erklärung der Generalversammlung gegenüber deutlich abgibt.[3]) Die Anfechtung wird ausgeschlossen durch ein späteres Verhalten des Aktionärs, das seiner früheren Oppositionsstellung nicht entspricht, z. B. wenn der Aktionär später einen Beschluß mit ausführt, gegen den er in der Versammlung Widerspruch erhoben hatte, es sei denn, daß er es unter Vorbehalt tut.[4])

Zur Anfechtung ist auch der Nichterschienene befugt, a) sofern er unberechtigter Weise zur Generalversammlung nicht zugelassen worden war, b) wenn er die nicht gehörige Berufung der Generalversammlung geltend macht, c) wenn

[2]) vgl. RG 30, 51; 37, 108 ff.; auch Makower § 271 V a 1 und Lehmann Lehrbuch § 85 Nr. 8 c α.

[3]) RG 53, 293; auch Makower § 271 V a 2 δ und Lehmann Lehrbuch § 85 Nr. 8 c α und daselbst Anm. 8.

[4]) RG 33, 94; Makower § 271 V a 2 ζ.

er die Anfechtung darauf gründet, daß die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfaßung nicht in gesetz- oder satzungsgemäßer Weise erfolgt sei. (§ 271 Abs. 3.[5])

Außerdem ist auch der Vorstand, an dessen Stelle bei der Liquidationsgesellschaft die Liquidatoren treten, zur Anfechtung berechtigt. Streitig ist, ob der Vorstand zur Anfechtung nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Dieses ist zu verneinen, denn — wir machen uns hier die Ausführungen Makower's[6]) zu eigen — einerseits bindet den Vorstand eine gesetz- und satzungswidrige Anweisung der Generalversammlung nicht, selbst wenn sie unangefochten bleibt, andrerseits befreit ihn die Abweisung einer etwa angestellten Anfechtungsklage nicht von der Haftung gegenüber den Gläubigern wegen Ausführung des Beschlusses, da das im Anfechtungsstreit ergangene, auf Abweisung lautende Urteil nicht Rechtskraft für andere als die Parteien, insbesondere nicht gegenüber den Gläubigern schafft.[6])

Eine neue Vorschrift, welche im bisherigen Handelsgesetzbuch nicht enthalten war, gibt § 271 Abs. 4. Falls der Beschluß der Generalversammlung eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates strafbar oder den Gläubigern der Gesellschaft verantwortlich machen würden — denkbar ist z. B., daß die Generalversammlung eine Fusion im Sinne des § 305 beschließt, gleichzeitig aber darin einwilligt, daß Vermögensstücke der Gesellschaft vor Ablauf des Sperrjahres der Uebernehmerin ausgehändigt werden — so ist nicht bloß der Vorstand als solcher, sondern auch jedes einzelne Mitglied desselben ebenso wie jedes Mitglied des Aufsichtsrates zur Erhebung der Anfechtungsklage befugt.[7]) (§ 271 Abs. 4.)

---

[5]) § 271 Abs. 3 Satz 2 kommt hier, wo es sich um die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen handelt, die bei einer Fusion erforderlich sind, nicht in Betracht.

[6]) so Makower § 271 V c, in gleichem Sinne wohl Lehmann Lehrbuch § 85 Nr. 8 c β: „Daneben ist anfechtungs b e r e c h t i g t der Vorstand . . . . .“; a. M. Cosack § 116 IV 8 f; Pinner § 250 IV.

[7]) vgl. die Begründung der D 163. Die Klage aus Abs. 4 unterliegt nicht der Beschränkung des Abs. 3.

Verstößt der Beschluß gegen zwingende, öffentlich-rechtliche Normen, so ist er schlechthin nichtig; der Schaden wird nicht etwa dadurch geheilt, daß eine rechtzeitige Anfechtung unterbleibt oder eine Eintragung des Beschlusses erfolgt ist.[8]) Ein solcher Beschluß ist nach allgemeinen Grundsätzen nichtig. (§ 134 BGB.) Die Ungültigkeit des Beschlusses kann nicht nur von einem Aktionär mittelst einer Anfechtungsklage, sondern von jedem Dritten, der ein rechtliches Interesse an der Ungültigkeit des Beschlusses hat, mit gewöhnlichen Rechtsmitteln geltend gemacht werden. Die Ausführbarkeit eines Beschlusses wird keineswegs dadurch gehemmt, daß er angefochten ist, aber Vorstand und Aufsichtsrat haben unter eigener Verantwortung zu prüfen, ob sie den Beschluß trotzdem ausführen wollen. Beim Vorliegen eines nichtigen Beschlusses können sie sich nicht darauf berufen, daß eine Anfechtung unterblieben oder die Eintragung des Beschlusses erfolgt sei, dadurch wird ihre Verantwortlichkeit nicht aufgehoben.[9])

Die Anfechtungsklage ist gegen die Gesellschaft zu richten, vertreten durch ihren Vorstand und Aufsichtsrat. Klagt der Vorstand selbst, so wird die Gesellschaft allein durch den Aufsichtsrat vertreten. (§ 272 Abs. 1.) Die Durchführung dieser Vorschrift begegnet keinen Schwierigkeiten, da ja hier die Gesellschaft noch im Liquidationszustande fortlebt. Doch gegen wen ist die Anfechtungsklage zu richten, wenn das Vermögen der übertragenden Gesellschaft ohne vorgängige Liquidation auf eine andere Gesellschaft übergegangen und die Firma der Uebertragerin erloschen ist? Es muß doch noch möglich sein, die Anfechtungsklage wegen etwaiger Ungültigkeit der hinsichtlich der Vermögensübertragung gefaßten Generalversammlungsbeschlüsse geltend zu machen.

Daher bestimmt der Gesetzgeber im § 308 ausdrücklich, daß, falls die Firma einer Aktiengesellschaft durch den Uebergang ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft ohne vor-

[8]) D 164; vgl. dort auch die Ausführungen, warum nicht einer öffentl. Behörde das Recht zur Erhebung der Anfechtungsklage gegeben wurde.

[9]) D a. a. O.

gänge Liquidation erloschen ist, eine Anfechtung des den Uebergang betreffenden Beschlusses der Generalversammlung gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten Gesellschaft zu richten ist. Gedacht ist dabei wohl nur an eine Anfechtung auf Grund der §§ 271 bis 273; als zulässig ist jedoch auch die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf andere Fälle der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage anzusehen.[10]) Unter „Beschluß" ist sowohl der Zustimmungsbeschluß zum Veräußerungsvertrage als auch der Liquidationsausschließungsbeschluß zu verstehen. Der Fall des § 308 liegt vor, auch wenn nur einer jener Beschlüsse angefochten wird. Wenn der Uebertragungsbeschluß für nichtig erklärt wird, so fällt damit auch der Liquidationsausschließungsbeschluß, der für sich allein gar keinen Wert hat; eine Umkehrung ergibt sich dagegen nicht, der Uebertragungsbeschluß kann sehr wohl für sich allein bestehen, auch wenn der Beschluß auf Liquidationsausschließung für nichtig erklärt wird.

Regelmäßig wird die Gesellschaft, gegen welche die Anfechtungsklage gerichtet ist, durch ihre beiden Organe: Vorstand und Aufsichtsrat vertreten. Jedem Gesellschaftsorgan muß die Klage besonders zugestellt werden; beide Zustellungen müssen innerhalb der einmonatigen Frist des § 271 Abs. 2 erfolgen.[11]) Gemäß § 171 Abs. 3 ZPO und § 232 Abs. 1 Satz 3 HGB genügt aber für die Zustellung an jede der beiden Behörden die Zustellung an je ein Mitglied derselben.

Zuständig für die Klage ist ausschließlich das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. (§ 272 Abs. 2.) Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift sind mehrere Anfechtungsprozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden; und um dieses zu erreichen, schreibt der Gesetzgeber weiter vor, daß die mündliche Verhandlung nicht vor der einmonatigen Frist des § 271 Abs. 2 erfolgen darf. (§ 272 Abs. 2 Satz 2 und 3.) Die einzelnen Kläger sind nach § 62 ZPO notwendige Streitgenossen, jedoch wie

[10]) so Ring § 308, der auch ausführt, daß ein Verfahren von Amtswegen wegen Löschung eines eingetragenen Beschlusses nach § 144 FGG sich auch gegen die Uebernehmerin zu richten hat.

[11]) RG 14, 143; JW 95, 602 Nr. 27.

auf Grund des cit. Paragr. einschränkend gefolgert werden muß, soweit die Anfechtung auf dem gleichen Grunde beruht; denn nur dann „kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden." Jeder Aktionär kann einer Partei als Nebenintervenient beitreten. (§ 66 ZPO.)

Um vorzubeugen, daß der Gesellschaft durch eine leichtfertig angestrengte Klage Nachteile erwachsen, bestimmt das Gesetz im § 272 Abs. 3, daß das Gericht auf Verlangen anordnen kann, daß der Gesellschaft wegen der ihr drohenden Nachteile von dem klagenden Aktionär Sicherheit zu leisten ist. Nicht kann eine Sicherheit demgemäß vom Vorstand oder den Mitgliedern des Vorstandes oder des Aufsichtsrates gefordert werden. Die Anordnung der Sicherheit steht ebenso wie die Bestimmung über ihre Art und ihre Höhe in freiem, richterlichem Ermessen. Der Richter kann den Antrag auf Leistung einer Sicherheit ablehnen, wenn offenbar ist, daß die Anfechtungsklage berechtigt ist; andernfalls hat er die Höhe der Sicherheit nach den drohenden Nachteilen zu bemessen. Die Sicherheitsleistung kann auf irgend eine der im § 232 BGB angegebenen Arten bewirkt werden.[12])

Für die Festsetzung einer Frist zur Sicherheitsleistung und die Folgen der Versäumung der Frist finden gemäß § 272 Abs. 3 Satz 3 die Vorschriften der Zivilprozeßordnung Anwendung. Vor allem kommt hier § 113 ZPO in Frage. Danach hat das Gericht dem Kläger eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten — hier der Gesellschaft —, wenn die Sicherheit nicht bis zur Entscheidung geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

Gemäß § 272 Abs. 4 sind die Klageerhebung und der erste Termin zur mündlichen Verhandlung unverzüglich in

---

[12]) vgl. hierzu Makower § 272 IV a—d.

den Gesellschaftsblättern vom Vorstand bekannt zu machen, unabhängig davon, wer die Klage erhebt. Die Erfüllung dieser Vorschrift ist durch Verhängung von Ordnungsstrafen erzwingbar. (§ 319 Abs. 1.)

Nicht mehr vorgeschrieben ist, daß der Kläger während des Prozesses seine Aktien zu hinterlegen hat, wie es Art. 190a Abs. 3 bestimmte. Die Denkschrift[13]) begründet diese Erleichterung treffend damit, daß durch eine Bestimmung zur Hinterlegung der Aktien dem klagenden Aktionär für einen unter Umständen lange dauernden Zeitraum die Möglichkeit entzogen sei, über seine Aktien irgendwelche Verfügungen zu treffen. Selbstverständlich habe nötigenfalls der Kläger seine Legitimation zur Führung des Rechtsstreits darzutun, d. h. nachzuweisen, daß er fortdauernd Aktionär sei. Das Gleiche muß dann auch hinsichtlich der Anfechtungsbefugnis der einzelnen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder angenommen werden. Durch Ausscheiden des Klägers aus seiner Stellung als Mitglied einer dieser Organe erlischt auch die Berechtigung zur Anfechtung oder Fortführung des anhängigen Verfahrens.

§ 273 bestimmt die Folgen, die eintreten, wenn das auf Nichtigerklärung des Beschlusses lautende Urteil rechtskräftig geworden ist. So bestimmt § 273 Abs. 1 Satz 1, daß das Urteil auch für und gegen die Aktionäre wirkt, die nicht Partei sind. Bis zum Eintritt der Rechtskraft hat der Kläger allein freie Verfügung über den Prozeßgegenstand, er allein kann Vergleiche schließen usw.[14]) — Das Urteil ist vom Vorstand unverzüglich zum Handelsregister — auch dem der Zweigniederlassung (§ 13 Abs. 1) — einzureichen (§ 273 Abs. 1 Satz 2); die Einreichung ist gemäß der Vorschrift des § 14 erzwingbar. Jedoch wird das Urteil in das Handelsregister nur eingetragen, falls der für nichtig erklärte Beschluß der Generalversammlung eingetragen war. In diesem Falle ist die Eintragung, sobald das Urteil eingereicht ist, von Amtswegen vorzunehmen.[15]) Eingetragen wird nur der ent-

[13]) D 163.
[14]) RG 24, 428.
[15]) vgl. Litthauer-Mosse § 273 Anm. 9.

scheidende Teil des Urteils. — Die Eintragung des Urteils ist in gleicher Weise wie die des Beschlusses zu veröffentlichen, d. h. also nach den Bestimmungen des § 10. (§ 273 Abs. 1 Satz 3 Teil 2.)

Diejenigen, welche böswillig die Anfechtungsklage erhoben haben, haften der Gesellschaft für den daraus entstehenden Schaden als Gesamtschuldner. (§ 273 Abs. 2.)

Die Erhebung der Anfechtungsklage bringt aber beim Vorliegen einer Fusion mancherlei Komplikationen mit sich. Wird der Uebertragungsbeschluß angefochten und hat die Klage Erfolg, so ist der Beschluß nichtig; die übertragende Gesellschaft ist in Wirklichkeit nie aufgelöst gewesen; es bedarf daher auch keines Fortsetzungsbeschlusses nach § 307. Wie wir oben schon erwähnten, äußert sich die Wirkung ex tunc. Auch die Erhöhung des Grundkapitals seitens der Uebernehmerin muß rückgängig gemacht werden. Doch wie ist dies durchzuführen, wenn die Uebernehmerin z. B. schon die neu ausgegebenen Aktien den Aktionären der Uebertragerin ausgehändigt hat und diese die Aktien in den Verkehr gebracht haben, so daß sie überall zerstreut sind. Wenn aber der Uebernehmerin nicht die ausgegebenen Aktien zurückgewährt werden können, so braucht diese auch nicht das übernommene Vermögen zurückzugeben. Es entstehen also ungeahnte Schwierigkeiten. Daher ist es ratsam, daß derjenige, welcher die Anfechtungsklage erheben will, gleichzeitig eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch welche die weitere Verwirklichung der Fusion gehemmt wird.[10])

[10]) Staub § 308 Anm. 2.

§ 32.

Schlußbetrachtung.

Wenn wir nunmehr einen Blick zurückwerfen, dann drängt sich uns als erste Frage auf: Hat das deutsche Handelsgesetzbuch den richtigen Weg eingeschlagen, indem es sich darauf beschränkte, den Begriff „Fusion" festzulegen, auch einige wenige, das Verfahren erleichternde Sondervorschriften zu geben, im übrigen aber auf allgemeine Bestimmungen des Aktienrechts zurückzuverweisen? Hierauf können wir sicher mit einem „ja" antworten. Die Fusion ganz zu übergehen, weil sie im Grunde genommen nur eine eigenartige Zusammensetzung aus mehreren, dem Aktienrecht eigentümlichen Grundformen ist und daher die allgemeinen Vorschriften für ausreichend zu erachten,[1]) würde sicherlich eine Verkennung der großen Bedeutung, welche der Fusion im heutigen Wirtschaftsleben zukommt, darstellen. Sie getrennt und abgeschlossen für sich zu regeln ohne Zurückgreifen auf allgemeine Vorschriften des Aktienrechts,[2]) erscheint unnötig, ja direkt unpraktisch; denn die Fusion bleibt immerhin ein aus mehreren Grundformen zusammengesetztes Gebilde. Daher kann der vom Deutschen Gesetz eingeschlagene Weg nur Billigung finden.

Weniger glücklich ist die Teilung in „Fusion ohne sofortige Verschmelzung" (§ 305) und in „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" (§ 306). Praktisch bedeutsam wird die Fusion im Sinne des § 305 wohl kaum werden, von der rechtlichen Konstruktion ganz abgesehen. Was nützt eine Fusion, die in Wirklichkeit erst nach Ablauf des Sperrjahres vor sich gehen

[1]) vgl. die Ausführungen auf S. 5.
[2]) vgl. oben S. 6.

kann, während bis zu diesem Zeitpunkt der ganze Betrieb der übertragenden Gesellschaft durch das Liquidationsverfahren, wenn auch nicht gänzlich stillgelegt, so doch immerhin in seiner freien Entwicklung gehemmt wird; dagegen wird bei einer „Fusion mit sofortiger Verschmelzung" der Betrieb der übertragenden Gesellschaft durch die Fusion garnicht gehemmt oder gestört; die Uebernehmerin verwaltet selbst das Vermögen der untergegangenen Gesellschaft, das ja in einzelnen Beziehungen als Sondervermögen noch ein unantastbares Ganzes bildet; es ist aber doch das lästige Liquidationsverfahren in Wegfall gekommen.

Leider lassen aber auch die heutigen Vorschriften über die Fusion noch manche Zweifel zu und gerade solche Zweifel, die schon beim alten Gesetz laut geworden waren.

Der Begriff „Fusion im gesetzlichen Sinne" ist allerdings durch das Gesetz scharf abgegrenzt. Während wirtschaftlich eine Fusion schon vorliegt, wenn eine Aktiengesellschaft nur die sämtlichen Aktien einer anderen erwirbt, sie also nur wirtschaftlich ankauft, ihre ganze Rechtspersönlichkeit, Aktien usw. bestehen läßt, ist eine Fusion im gesetzlichen Sinne nur gegeben, wenn eine Aktiengesellschaft ihr Vermögen als ein Ganzes an eine schon bestehende Aktiengesellschaft bezw. Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der Uebernehmerin überträgt, selbst also rechtlich vernichtet wird und untergeht. Dabei bleibt aber eine Frage offen. Sind die Vorschriften über Fusion anwendbar, wenn mehrere Aktiengesellschaften sich zu einer „neuen" vereinigen? Auch hier erfolgt eine rechtliche Auflösung der Uebertragerinnen, allerdings bringen sie ihr Vermögen nicht in eine schon bestehende, sondern in eine erst in Entstehung begriffene Gesellschaft ein.[3]) Eine Fusion in dieser Weise ist sehr häufig zu beobachten, die Anwendbarkeit der Fusionsvorschriften auf diesen Fall daher sehr erwünschenswert. Bei der heutigen Fassung des § 305 erscheint eine analoge Anwendung der Fusionsvorschriften aber sehr bedenklich.

---

[3]) vgl. oben S. 11 ff.

Das heutige Gesetz hat auch nicht jene Zweifel beseitigt, die früher sich schon ergaben, wenn den Aktionären ein Wahlrecht zwischen Abfindung in Aktien oder in Geld usw. zusteht.[4]) Z. B. kann man überhaupt von Fusion sprechen, wenn den Aktionären ein solches Wahlrecht gegeben ist oder die erdrückende Mehrheit der Aktionäre Abfindung in Aktien, ein ganz verschwindender Teil Abfindung in Geld wählt? In dieser Hinsicht herrschen auch heute noch die größten Meinungsverschiedenheiten. Gewiß haben das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht schon einmal zu dieser Frage Stellung genommen, aber — ganz abgesehen davon, daß sie keinen bindenden Rechtssatz aufstellen können — der Einwurf der Gegner, daß beiden Entscheidungen ganz besondere, eigenartig gegebene Tatbestände zu Grunde liegen, ist wohl in etwa berechtigt.

Und weiterhin: in welchem Augenblick ist die Fusion perfekt? Wir haben ja oben[5]) gesehen, wie weit die Meinungen darüber auseinandergehen.

Nur die hervorstechendsten Zweifel haben wir hier noch einmal hervorgehoben. Es ist andrerseits aber nicht zu verkennen, daß auch manche Zweifel behoben worden sind, wie z. B. durch § 306 Abs. 4 zweifelsfrei festgelegt ist, wie weit das Zugriffsrecht der Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft auf das als Sondervermögen verwaltete Vermögen dieser Gesellschaft sich erstreckt.

Die Behebung der noch bestehenden Zweifel ist eine dringende Notwendigkeit, damit keine Rechtsunsicherheit auf einem Gebiete einreißt, das, wie grade die Fusion, eine so große Bedeutung im Wirtschaftsleben gewonnen hat.

---

[4]) vgl. oben S. 17 ff.
[5]) vgl. § 12 und § 22.